REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento"

(Siete Partidas: Partida 1a. Título I, Ley XIII)

LICENCIA NUMERO 451
DE 7 DE MARZO DE 1936

REGISTRADO PARA CURSO LIBRE
DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION CIVIL

TOMO CLXXX — Número 2419

Bogotá, D. E., Colombia — Año 1985

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CLXXX

1985

SALA DE CASACION CIVIL

BOGOTA, D. E. — IMPRENTA NACIONAL — 1987

MAGISTRADOS QUE INTEGRAN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y DIGNATARIOS DE LA MISMA

1 9 8 5

SALA PLENA

Doctores ALFONSO REYES ECHANDIA †, Presidente.
FERNANDO URIBE RESTREPO, Vicepresidente.
Rafael Reyes Negrelli, Secretario General.
Inés Galvis de Benavides, Secretaria General.

SALA CIVIL

Doctores HERNANDO TAPIAS ROCHA, Presidente.
Rafael Reyes Negrelli - Inés Galvis de Benavides, Secretarios.

MAGISTRADOS:

Doctores José Alejandro Bonivento Fernández.
Héctor Gómez Uribe.
Horacio Montoya Gil †.
Humberto Murcia Ballén - Héctor Marín Naranjo.
Alberto Ospina Botero.
Hernando Tapias Rocha.

SALA PENAL

Doctores ALVARO LUNA GOMEZ, Presidente.
HERNANDO BAQUERO BORDA, Presidente.
Lucas Quevedo Díaz - Heriberto Velásquez Ramos, Secretarios.

MAGISTRADOS:

Doctores Luis Enrique Aldana Rozo.
Fabio Calderón Botero †.
Dante L. Fiorillo Porras †.
Gustavo Gómez Velásquez.
Alvaro Luna Gómez - Hernando Baquero Borda.
Alfonso Reyes Echandía †.
Pedro Elías Serrano Abadía †.
Darío Velásquez Gaviria †.

SALA LABORAL

Doctores FANNY GONZALEZ FRANCO †, Presidente.
Bertha Salazar Velasco, Secretaria.

MAGISTRADOS:

Doctores Ismael Coral Guerrero - Nemesio Camacho Rodríguez.
Manuel Enrique Daza Alvarez.
José Eduardo Gnecco Correa †.
Fanny González Franco †.
Juan Hernández Sáenz.
Fernando Uribe Restrepo.

SALA CONSTITUCIONAL

Doctores ALFONSO PATIÑO ROSSELLI †, Presidente.
Ricardo Correal Morillo, Secretario.

MAGISTRADOS:

Doctores Manuel Gaona Cruz †.
Carlos Medellín Forero †.
Ricardo Medina Moyano †.
Alfonso Patiño Rosselli †.

RELATORES

Doctores Amelia Barrera de Gáfaro - Sala Civil.
Carmen Rosa Avella de Cortés - Sala Civil.
Heida Charry de Valencia - Sala Penal.
Hilda Leonor Cortés Gómez - Sala Penal.
Esperanza Inés Márquez Ortiz - Sala Laboral.
Miguel Antonio Roa Castelblanco - Sala Constitucional.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATORAS SALA CIVIL	Doctoras: Amelia Barrera de Gáfaro y Carmen R. Avella De Cortés
RELATORAS SALA PENAL	Doctoras: Nelda Charry de Valencia e Nilda L. Cortés Gómez
RELATORA SALA LABORAL	Doctora: Esperanza L. Márquez Ortiz
RELATOR SALA CONSTITUCIONAL	Doctor: Miguel A. Roa Castelblanco

TOMO CLXXX — BOGOTA, COLOMBIA — ENERO A DICIEMBRE DE 1985 — NUMERO 2419

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Declaración del 12 de noviembre de 1985

"La Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, en su primera sesión plenaria celebrada después del holocausto que la enluta, aprueba la siguiente declaración:

1. Deplora de la manera más profunda la muerte violenta de sus ilustres Magistrados Alfonso Reyes Echandía, su Presidente; Fabio Calderón Botero, Manuel Gaona Cruz, José Eduardo Gnecco Correa, Fanny González Franco, Carlos Medellín Forero, Ricardo Medina Moyano, Horacio Montoya Gil, Alfonso Patiño Rosselli, Pedro Elías Serrano Abadía y Darío Velásquez Gaviria, ocurrida durante los dolorosos acontecimientos de los días seis y siete de noviembre del presente año, en el Palacio de Justicia, sede de la Corporación y del Consejo de Estado, hechos en los cuales también se sacrificaron meritorios servidores públicos y desvelados defensores de las instituciones patrias y perecieron otras inocentes víctimas.

2. Reprueba este irracional atentado contra las instituciones que como la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, sólo han dedicado sus esfuerzos al bien de Colombia, para asegurar el respeto de la Constitución y de las leyes, garantizar el derecho de los asociados sin tomar partido ni opinión por las tendencias ideológicas que se disputan el poder y procurar la paz como supremo objetivo del derecho y el imperio de la justicia como factor fundamental de convivencia ciudadana.

3. Rechaza con indignación que el Palacio de Justicia, asiento de las más altas Corporaciones de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, fiel instrumento del estado de derecho, foro insustituible de la supremacía de los valores esenciales de la civilización cristiana y centro de la solución racional y pacífica de los conflictos, haya sido campo en donde se desató la más ciega violencia.

4. Expresa a todos los familiares y allegados de los sacrificados, su voz de condolencia y aliento en estas horas de tribulación.

5. Agradece a todos los estamentos sociales, especialmente a los Magistrados, Jueces y personal de colaboradores, la solidaridad expresada en estos momentos de indefinible aflicción, y

6. Finalmente, manifiesta que comprende las actitudes emocionales de algunos integrantes de la Rama Jurisdiccional, motivadas por la horrenda tragedia, e invita a todos a perseverar en el cumplimiento estricto del deber, como muestra de vitalidad y cohesión de la administración de justicia y como ejemplo de cordura y de temple de carácter, necesario aporte de los colombianos al mantenimiento de sus instituciones republicanas.

Bogotá, noviembre doce (12) de mil novecientos ochenta y cinco (1985). Casa de Pombo, sede provisional de la Corte Suprema de Justicia.

Fernando Uribe Restrepo, Presidente; *Luis Enrique Aldana Rozo*, Vicepresidente; *Hernando Baquero Borda, José Alejandro Bonivento Fernández, Manuel Enrique Daza Alvarez, Héctor Gómez Uribe, Gustavo Gómez Velásquez, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Inés Galvis de Benavides*, Secretaria.

CASACION

DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS. **No se da esta causal de casación cuando hay incompatibilidad entre las decisiones surgidas de fallos diferentes, así hayan sido proferidas en el mismo proceso, la una en primera instancia y la otra en segunda. Como tampoco cuando las contradicciones existen en la parte motiva del fallo.**

VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL. **Las tres casos de violación: Aplicación Indebida, Interpretación Errónea y Falta de Aplicación.**

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor ***Humberto Murcia Ballén.***

Bogotá, D. E., 22 de enero de 1985.

Procede hoy la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia del 13 de septiembre de 1982, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por Martha Hoyos de Jackaman contra la entidad denominada "Texas Petroleum Company".

1. El litigio

1. Mediante escrito que en repartimiento verificado el 6 de septiembre de 1977 correspondió al Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá, la citada Martha Hoyos de Jackaman demandó a la sobredicha entidad "Texas Petroleum Company", sociedad domiciliada en Newark, Estado de New Jersey de los Estados Unidos de Norteamérica, representada en Colombia por su Gerente Nicolás Escobar Soto, a efecto de que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se hiciesen las siguientes similares declaraciones y condenaciones:

a) Que la demandante es "la propietaria exclusiva" de un lote de terreno, ubicado dentro del que fue propiedad de la Intendencia Especial de San Andrés y Providencia, Isla de San Andrés, "aledaño al muelle", distinguido en el registro catastral de esa Intendencia con el número 11.873,

de una extensión superficiaria aproximada de 2.500 metros cuadrados, inmueble comprendido dentro de las alindaciones especiales que la demanda consigna;

b) Que tal propiedad la deriva la demandante de la compraventa que de dicho inmueble celebró con la compañía "Esso Colombiana S. A." el 8 de agosto de 1973, según la Escritura pública número 452 que en esa fecha otorgaron en la Notaría Unica del Círculo de San Andrés y que fue debidamente inscrita en el Registro de allí;

c) Que, como consecuencia, la sociedad demandada está obligada a retirar las tuberías de conducción de combustibles que ha construido sobre el costado noreste del mencionado lote, "consistente en cinco tubos que arrancan de las instalaciones que dicha compañía tiene construidas en el muelle de San Andrés (Isla) en el lote aledaño al de propiedad" de la demandante, pues que con ello está impidiendo a ésta "el ejercicio de la posesión y explotación comercial del mismo...";

d) Que, por lo consiguiente, se declare que la "Texas Petroleum Company" es civilmente responsable de todos los perjuicios que con dicha construcción ocasionó a la demandante y que está obligada a pagarlos, tanto los ya causados como "los que en el futuro se produzcan, por la imposibilidad absoluta de explotar comercialmente el lote de su propiedad...";

e) Que consecuencialmente se condene a la sociedad demandada a pagar a la demandante, por concepto de lucro cesante, la suma de $ 10.000.00 diarios "hasta la presentación de la demanda y a partir de dicha fecha la suma de $ 15.000.00 diarios o lás que se establezcan por medio de peritos"; y

f) Que se la condene además a pagar las costas procesales.

2. Las afirmaciones de hecho que la demandante invocó en apoyo de sus pretensiones, quedan sustancialmente sintetizadas en las siguientes:

a) Mediante Escritura número 452 de 8 de agosto de 1973, otorgada en esa fecha en la Notaría Unica de San Andrés (Isla) e inscrita oportunamente en el registro de allí, la compañía "Esso Colombiana S. A." vendió a Martha Hoyos de Jackaman un lote de terreno, parte de otro de mayor extensión que pertenecía a la Intendencia Especial, ubicado cerca al muelle de allí y comprendido dentro de los siguientes linderos especiales: "Por el Noroeste mide 60.00 metros y linda con terrenos de la Intendencia; por el Suroeste, mide 40.00 metros y linda con terrenos de la Intendencia, calle futura; por el Sureste, con una futura calle y lote de Texaco, en extensión de 60.00 metros; y por el Noreste, con el mar, en una extensión de 40.00 metros";

b) Que según acta de inspección judicial, dice la demandante en el hecho 3º de su libelo, realizada con intervención de peritos el 26 de junio y el 1º de julio de 1976 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Andrés, se estableció que en el extremo Noreste del inmueble que linda con el mar, hay una instalación que consta de cinco tubos de acero para conducción de combustibles en toda la extensión de 40 metros, "los cuales

están montados sobre bases de concreto de las siguientes dimensiones: 2.65 de largo, por 80 centímetros de ancho, por 95 centímetros de alto";

c) Que la citada tubería tiene los siguientes usos: uno de 16" para conducción de Fuel Oil y los cuatro restantes de 12" para la de gasolina de aviones, A.C.P.M. y gasolina para vehículos automotores; que las bases que sostienen las citadas tuberías están separadas entre sí por distancia de 9 metros, "ocupando entre ellas el lindero con el mar o bahía, del predio de propiedad de la demandante" y que, como lo exponen los peritos que intervinieron en la referida inspección judicial, "...dado el impedimento del uso en el sector Noreste, por las instalaciones y tuberías de la Texas Petroleum que obstruyen el fácil acceso al mar o bahía a la señora Martha Hoyos, en sus proyectos comerciales y construcciones, dichas instalaciones causan graves perjuicios debido a no poderse utilizar";

d) Que, como lo certifica la Dirección Marítima y Portuaria, "no se ha otorgado a la sociedad Texas Petroleum Company ninguna concesión, *o permiso o licencia para construir instalaciones, ni extender tuberías en la Isla de San Andrés*"; y que si bien dicha compañía, antes de la vigencia del Decreto número 2349 de 1971, tramitó una solicitud o permiso con ese fin, tal petición "quedó sin resolver, por lo que les insinuó acogerse a la nueva legislación, sin que hasta la fecha haya presentado solicitud alguna";

e) Que la sociedad demandada, con la construcción de tales tuberías, no sólo ha perjudicado los intereses de la demandante, quien no puede utilizar su predio por cuanto no tiene acceso al mar, sino que, además, con tal conducta "ha violado las disposiciones del Decreto 2349 de 1971, por cuanto las playas son bienes de uso público que no pueden ser ocupadas y construidas, sino por autorización de la Dirección Marítima y Portuaria, mediante concesión de licencias y permisos";

f) Que según dictamen rendido por los peritos que intervinieron en la inspección judicial practicada por el Juez Promiscuo de San Andrés, "sobre el expediente en el que aparece la solicitud de permiso presentada" por la Texas para la construcción de un muelle y una planta de distribución de combustibles, "dicha compañía acompañó un plano distinguido con el número 998 de junio 26 de 1969,... lo mismo que el plano número 1056 de noviembre de 1970...", planos que, según tal pericia, no corresponden "a las actuales instalaciones, y construcciones, ya ejecutadas";

g) Que la precitada compañía "abandonó tanto la solicitud que había presentado para la construcción de un muelle y una planta de distribución de combustibles, como la relacionada con las diligencias de concesión", de conformidad con el mentado Decreto 2349 de 1971, de lo cual se dejó constancia en la inspección judicial practicada;

h) Que la Texas Petroleum Company, desde agosto de 1971, solicitó a la Dirección Marítima y Portuaria una inspección administrativa sobre los terrenos de la compañía, que se realizó el 2 de noviembre del mismo año, dejándose constancia en ellas de que la Texas "debe concluir los trámites para legalizar las construcciones o instalaciones que se encuentran en dicho globo de terreno...", a más de que debe "actualizar las certifi-

caciones de que trata el Decreto-ley 2349 de 1971,... así como también presentar los planos actuales..."';

i) Que la sociedad demandada, muy a pesar de haber sido requerida para retirar la tubería, ha hecho caso omiso de los requerimientos, ni ha querido llegar a acuerdo alguno con la demandante; y

j) Que por tanto la compañía demandada con su proceder ha quebrantado no solamente el derecho de propiedad de la demandante, "impidiéndole así el acceso al mar, sino que también ha violado la soberanía nacional, por cuanto que ha ocupado, por vías de hecho, sin licencia, permiso o concesión algunos un bien nacional de uso público, cuales son las playas y terrenos de baja mar y costas, que están bajo la jurisdicción de la Dirección Marítima y Portuaria".

3. En su oportuna contestación a la demanda la sociedad demandada se opuso a las súplicas de su demandante; y en cuanto a los hechos, afirmó no constarle algunos, frente a los cuales exigió su prueba; y denegó la existencia de los demás.

Expresó entonces la entidad demandada, y en tales asertos edificó cardinalmente su defensa, que ella adquirió el dominio del inmueble por remate que se verificó el 11 de marzo de 1968, subasta que se aprobó por sentencia judicial; que luego de protocolizados mediante Escritura número 54 de 14 de marzo, el remate y su aprobación se inscribieron en la Oficina de Registro de San Andrés (Isla) el 15 de ese mismo mes; que posteriormente, como que lo hizo en 1971, construyó las instalaciones para distribución de combustibles, las que se encuentran en operación desde dicho año; que el Ministerio de Minas y Petróleos, por medio de Resolución número 002751 de 23 de noviembre de 1971, "autorizó el funcionamiento de la planta de abastecimiento de la Texas Petroleum Company en la Isla de San Andrés"; que desde ese mismo año la citada compañía intervino ante la Capitanía de Puerto y ante la Dirección General Marítima y Portuaria "para efecto de cumplir la totalidad de las formalidades, como aparece" del expediente respectivo; que "actualmente se encuentra pendiente la Texas del pronunciamiento final de la autoridad marítima y para tal efecto se han cumplido los requisitos legales"; y que la demandante Hoyos de Jackaman adquirió el lote suyo, contiguo al de la planta de la Texas, en agosto de 1973, o sea casi "dos años después de construidas las instalaciones de la planta de la Texas y cuando ésta se encontraba en pleno funcionamiento para el abastecimiento de la Intendencia".

En esa misma oportunidad añadió la demandada que las líneas de la tubería tendidas en la planta de la Texas, "se encontraban en ese sitio desde fines de 1971, o sea desde cuando la planta Texaco de San Andrés entró en operación"; que, por tanto, la demandante adquirió su lote conociendo cabalmente las instalaciones de la Texas y especialmente las líneas de la tubería allí instalada; que jamás recibió de Hoyos de Jackaman reclamo alguno por las instalaciones de la planta o de la tubería; y que solamente a partir de 1976 comenzó a recibir propuestas de arreglos.

4. Replicada en tales términos la demanda, con la práctica de las pruebas pedidas por ambas partes se surtió la primera instancia del pro-

ceso, a la que el juzgado del conocimiento, que como ya está dicho lo fue el Trece Civil del Circuito de Bogotá, le puso fin con su sentencia de 2 de diciembre de 1980, mediante la cual, luego de declarar que la demandante Martha Hoyos de Jacksman es propietaria del inmueble a que se contrae la demanda por haberle comprado a la "Esso Colombiana S. A." desde agosto de 1978, declaró probada la excepción "*de inexistencia de la obligación* en la parte demandada, absteniéndose de fallar las demás excepciones...": dispuso, además, absolver a ésta parte de los cargos formulados contra ella en la demanda, e impuso a la demandante las costas procesales.

5. Como efecto de la apelación que contra dicha providencia interpuso la parte desfavorecida con ella, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, después de haber rituado la instancia, incluso el decreto y práctica oficiosos de pruebas, pronunció su sentencia de 13 de septiembre de 1982, mediante la cual decidió el litigio así:

a) Revocó los ordinales 1º, 2º y 3º de la parte resolutiva del fallo apelado, o sea los referentes a la declaración de dominio a favor de la demandante del predio de la *litis* y al reconocimiento de la excepción que denominó "Inexistencia de la obligación en la parte demandada";

b) Confirmó las demás disposiciones de la sentencia impugnada, es decir, la absolución que se le dio a la demandada por los hechos que se le enrostraron y la condena en costas a la demandante; y

c) Por último, le impuso a la apelante las costas de la segunda instancia.

II. Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Tras referirse, a través de una extensísima y farragosa transcripción de la demanda, su contestación, las pruebas y el fallo recurrido, a los antecedentes de la cosa litigiosa y la decisión que a éste le dio el juzgado de la primera instancia, el Tribunal *ad quem* inicia el análisis de las diferentes pretensiones que encuentra deducidas en la demanda inicial del proceso.

2. Considera el Tribunal que la primera súplica, complementada con la segunda, se refiere "a la declaración de pertenencia solicitada por la actora respecto del lote de terreno cuyo alinderamiento se hace en la misma...".

Dice al respecto la sentencia combatida que "De autos aparece de manera categórica e inobjetable que la demandante es propietaria del lote de terreno cuya declaración de propiedad exclusiva se solicita en la demanda", pues que así se infiere de los documentos visibles a folios 1 a 32 del cuaderno número 2 y 94 a 99 del número 1.

Considera el Tribunal, empero, que siendo la demandante propietaria inscrita del lote de terreno de que dan cuenta los documentos mencionados, es sin embargo "improcedente hacer las declaraciones solicitadas en los

puntos 1 y 2 de las pretensiones de la demanda, porque sería tanto como decir que el lote de que es de la propietaria le pertenece a la misma propietaria y además cabe anotar que este no es un proceso de pertenencia, que éstos tienen un procedimiento totalmente distinto al aquí evacuado".

En conclusión de esta parte de su estudio, dice el fallador de segundo grado que esas consideraciones suyas lo tienen que llevar a "no compartir los numerales 1 y 2 de la sentencia apelada y por tal razón serán revocados".

3. Considera el Tribunal, a renglón seguido, que la súplica tercera de la demanda es la que "permite un análisis más amplio", pues a través de ella se deduce una pretensión de responsabilidad civil extracontractual, la que "de existir conlleva necesariamente a una condena en perjuicios".

Y luego de precisar que son tres los presupuestos esenciales de tal pretensión, pasa a considerarlos separadamente en el caso presente. Dice el *ad quem* que "para poder determinar la culpa, es necesario analizar las pruebas aportadas al proceso y en ellas encontramos que al momento de adquirir la demandante el inmueble de su propiedad, por frente de éste pasan y pasaban las tuberías de propiedad de la Texas Petroleum Company, lo que equivale a decir que la Texas no tiene la culpa de que la señora Martha Hoyos de Jaukuman haya comprado con la imposibilidad o dificultad de tener salida al mar". Añade, reforzando su argumentación, que "cosa bien distinta hubiera sido, y en tal caso sí existiría culpa de la Texas, si la construcción de la planta Texaco de San Andrés, se hubiere ejecutado con posterioridad al año de 1973, año en el cual la demandante adquirió su inmueble".

4. Continuando en el estudio de la cuestión litigiosa, asevera el sentenciador de segundo grado que "es posible que la sociedad demandada haya violado alguna ley al construir su planta de abastecimiento en la Isla de San Andrés sin tener la autorización o licencia de la Dirección Marítima y Portuaria, pero que en manera alguna esto permite a esta Sala concluir que por tal motivo causó daño a la parte demandante, ya que de conformidad con la certificación que obra al folio 1 del cuaderno número 5 del proceso, las tuberías están colocadas en terrenos de baja mar que son de propiedad de la Nación".

Y que, según eso, "si existe algún perjuicio éste debe ser reclamado por la Nación que es la entidad directamente afectada con la colocación de dichas tuberías"; y que, de otra parte, si la compañía Texas Petroleum construyó las tuberías sin permiso ni licencia, esa presunta violación legal "debe ser igualmente declarada por la Dirección Marítima y Portuaria, entidad esta llamada a velar por el correcto uso de las playas como propiedad de la Unión al tenor del artículo 679 del Código Civil".

Resumiendo su pensamiento, dice el Tribunal de Bogotá que "es claro que no existe culpa por parte de la Texas"; y que si existe algún daño causado a la demandante con causa en la instalación de la tubería, "tal presunto daño nada tiene que ver con la sociedad demandada, puesto que ésta construyó sus instalaciones y tendió las cinco líneas de tubería con autorización expresa del Ministerio de Minas y Petróleos...".

5. Considera pues el sentenciador *ad quem*, y tales son las razones de la sentencia absolutoria, que "no está determinada con claridad la responsabilidad que le pueda caber a la sociedad Texas Petroleum al no dar acceso al mar a la propiedad de la señora Martha Hoyos..."; y que, como consecuencia, "tampoco se puede hablar de perjuicios y entrar a determinarlos...".

6. Relativamente a la excepción de "inexistencia de la obligación" que el *a quo* reconoció en su sentencia, el Tribunal, para revocar tal reconocimiento dice: "a) Por simple dialéctica para que una obligación sea inexistente, es condición *sine qua non*, que ésta haya existido y de autos aparece que entre la señora Martha Hoyos de Jackaman-demandante y de otra parte la sociedad Texas Petroleum Company-demandada, no existió ni existe obligación alguna; b) si hay necesidad de retirar las líneas de tubería que pasan por frente del lote de terreno de propiedad de doña Martha Hoyos..., esta obligación de la Texas es con la Nación, porque como ya se dijo estos terrenos de la baja mar son de propiedad de ésta".

III. El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

Como ya está dicho, contra la sentencia que se deja extractada interpuso casación la demandante. En su demanda respectiva la recurrente le formuló al fallo del Tribunal seis cargos, de los cuales la Corte rechazó *in limine* cuatro por no encontrarlos ajustados en su estructuración formal a los requisitos exigidos por la ley para su admisión; por tanto, en auto de 10 de noviembre de 1983, sólo admitió dos censuras, que la Sala procede hoy a estudiar y despachar en el orden que lógicamente corresponda.

Cargo primero.

1. Con apoyo en la causal tercera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se acusa la sentencia del Tribunal de contener, en su parte resolutiva, declaraciones y disposiciones contradictorias.

2. En desarrollo de esta censura dice el casacionista, luego de transcribir los pasos más trascendentes de la motivación de la sentencia que combate, que al contrario de lo que dice el Tribunal, en ninguna parte de su demanda la demandante habla de proceso de pertenencia; que sólo con el fin de acreditar el carácter de propietaria del inmueble sobre el cual se produjo el daño se consignaron sus linderos; que en esa demanda dijo su autora que por tener la calidad de dueña "podía ejercitar el derecho de dominio cuyas características son el de ser un derecho real, absoluto, *exclusivo* y permanente, dentro de los límites o linderos del inmueble adquirido..."; que cosa distinta es que dentro del término probatorio se hubiera acompañado la copia de la sentencia pronunciada por el Juzgado Promiscuo de San Andrés el 13 de febrero de 1978, "por exigirlo así el Decreto 256 de 1973, reglamentario de la Ley 1ª de 1971, que en su artículo 26 estableció normas especiales, para la titulación de inmuebles en el Archipiélago de San Andrés y Providencia".

Concretando el error *in procedendo* que denuncia, dice el casacionista que las resoluciones contradictorias de la sentencia que combate están al

"Revocar los numerales 1º, 2º y 3º de la sentencia de primera instancia que declaró la propiedad de la señora Martha Hoyos de Jackaman, en los numerales 1º y 2º porque era *inobjetable de manera categórica* que la demandante es propietaria del lote de terreno, cuya declaración de propiedad exclusiva solicita en la demanda"; que si "es objetable con la propietaria del inmueble es Martha Hoyos de Jackaman de acuerdo con los linderos que aparecen en los correspondientes títulos o sea que el costado Noreste llega hasta el mar, la sentencia es contradictoria cuando afirma que 'en manera alguna esto permite a la Sala concluir que por tal motivo causó daño a la parte demandante...' ".

3. Avanzando en el desenvolvimiento de este cargo, dice el impugnante de la sentencia que "si es inobjetable de manera categórica y está demostrada la propiedad particular de la actora de acuerdo con los títulos y la sentencia de declaración de pertenencia, que reconoció este hecho y que tiene efectos *erga omnes*, al confirmar el numeral 4º de la sentencia de primera instancia, por medio de la cual se absuelve a la demandada en dicha parte resolutiva, *por considerar que la actora no es dueña*, por cuanto dice que las tuberías están colocadas en terrenos de propiedad de la Nación, incurrió en contradicción, porque no puede ser al mismo tiempo el terreno, por una parte de propiedad de la Nación y por otra de propiedad particular de la actora, como de manera categórica lo aceptó el Tribunal...".

Añade el censor que la certificación que figura al folio 1 del cuaderno número 5 "no se puede aceptar como prueba de propiedad, ya que de acuerdo con nuestra legislación la prueba del dominio de los bienes inmuebles se acredita con la escritura pública"; que la contradicción que denuncia, añade el censor, "ha implicado en la práctica el desconocimiento de la legitimación en causa de la actora para adelantar la acción de responsabilidad civil extracontractual, ya que aún desconociéndose su condición de propietaria, en su calidad de usuaria de un bien de uso público, en relación con los bienes de esta clase como es el de los dueños de zonas riberanas al mar... puede ejercer dicha acción y más aún cuando se han ocupado sus terrenos en zonas que no son de uso público sino de particular dominio"; y que "dicha contradicción se presenta más de bulto, cuando en el problema que nos ocupa se ha confundido lo que se entiende por dominio de la Nación...".

Rematando la formulación del cargo, dice el casacionista que "Es contradictoria la sentencia, porque si por una parte la Nación en los bienes de uso público, no ejercita por sí misma tal uso, sino los habitantes del territorio, por la otra éstos no pueden efectuar el uso de tales bienes que por mandato de la ley se les ha otorgado, por concluir que *el ejercicio de la propiedad* por este aspecto *le corresponde a la Nación*, confundiendo, por consiguiente el carácter patrimonial de los bienes fiscales y desconociendo la finalidad misma de los bienes de uso público".

Se considera

1. *Por cuanto con el proceso se tiende a obtener la certeza jurídica, la sentencia con la cual éste termina debe ser clara, precisa y lógica en sus disposiciones, de tal suerte que, como lo indica Manuel de la Plaza, "el*

sentido en que se dicta sea perfectamente perceptible, así por las palabras que se emplean, como por la determinación de su alcance, en el que no debe existir la menor vaguedad" (La Casación Civil, Madrid 1944, Pág. 345).

Pero como el pronunciamiento de la sentencia en sí misma constituye un juicio mental del juez, una operación suya de carácter crítico, indispensable, para concretar la voluntad abstracta de la ley, la labor del fallador se desenvuelve entonces a través de un proceso intelectual, en el que es posible que aquél falte a la génesis lógica de la sentencia, concluyendo de consiguiente en soluciones contradictorias u oscuras, las que, precisamente por su falta de claridad y de lógica, constituyen obstáculo insalvable para concretar, en su sentido sustancial o material, los efectos del principio de la cosa juzgada.

2. Como es la propia razón natural la que no permite ejecutar coetáneamente las decisiones antagónicas, contradictorias o incompatibles contenidas en el mismo fallo, las que además constituirían obstáculo para dar a éste la eficacia debida, dicho vicio de actividad lógica, que se traduce en fallo contradictorio, puede repararse, a más de otras vías, mediante el recurso extraordinario de casación. Al efecto, el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil así lo autoriza, al establecer como causal tercera el hecho de "Contener la sentencia en su parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias".

La contradicción entre las disposiciones de una misma sentencia, que es el fundamento de la causal tercera de casación, existe cuando se hace imposible la ejecución simultánea de tales resoluciones. Por consiguiente, como en varias oportunidades lo ha advertido la Corte, la referida causal de casación no se da cuando hay incompatibilidad entre las decisiones surgidas de fallos diferentes, así éstas hayan sido proferidas en el mismo proceso, la una en primera instancia y la otra en segunda; como tampoco puede darse tal medio de casación cuando se lo hace consistir en las contradicciones que existen en la parte motiva o expositiva de la sentencia, o entre éstas y sus resoluciones, puesto que lo que obliga de los fallos judiciales es su parte resolutiva.

3. Como en el caso presente el cargo que se estudia se hace consistir en la presunta contradicción que hay entre las motivaciones del fallo recurrido, o entre las disposiciones de éste y las que contiene el atacado en casación, no puede darse por existente dicha causal que, se repite, consiste en contener la misma sentencia en su parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias.

Por lo demás, si el Tribunal de Bogotá infirmó las resoluciones 1ª y 2ª de la sentencia de primera instancia, mediante las cuales se había hecho una declaración de dominio en favor de la demandante, y, de otra parte confirmó las otras disposiciones que habían absuelto a la demandada de los cargos contra ella formulados, la sentencia de segundo grado adquiere carácter totalmente absolutorio, pues denegó todas las pretensiones del demandante y las excepciones del demandado; y siendo totalmente absolutoria no puede afirmarse que se trate de sentencia que, en su parte resolutiva, contenga disposiciones antagónicas.

Lo dicho es suficiente para rechazar esta censura.

Cargo segundo.

1. Mediante éste, que viene apoyado en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se acusa la sentencia del Tribunal de ser directamente violatoria, por interpretación errónea, de los siguientes textos legales: "6º, 665, 669, 673, 674, 678, 679, 758, 883, 886, 897, 1494, 1518, 1519, 1740, 1741 (Art. 2º Ley 50 de 1936), 2341, 2342, 2512, 2534 del Código Civil. Decreto 3183 de 1952 artículos 8º, 9º, 13 y 97. Artículo 1º Ley 15 de 1876. Decreto 736 de 1974 (Arts. 1º al 12 inclusive). Decreto 2349 de 1971 (Arts. 1º, 3º ord. 17; 12, 16, 87, 88, 89, 91, 95 y 102). Artículos 3º, 4º, 10, 55, 61 y 202 de la Constitución Nacional. Artículos 1430 y 1431 del Código de Comercio. Artículo 413 del Código de Procedimiento Civil. Ord. 11. Art. 7º y 8º del Código Fiscal".

2. Luego de transcribir los que estima pasos relevantes de la sentencia que combate, el casacionista, a intento de demostrar el cargo que formula, dice: "Si existe algún perjuicio éste debe ser reclamado por la Nación, que es la directamente afectada con la colocación de dichas tuberías, porque como se ha analizado, el directamente perjudicado es el usuario del bien de uso público, en este caso la actora que tiene derecho al uso y goce de las zonas costeras, playas y terrenos de baja mar, como un derecho inherente, de naturaleza perpetuo por ser dueña de un inmueble aledaño al mar y que pueda construir sobre éste lo que a bien tenga en ejercicio del derecho de dominio que consagra el artículo 669 del Código Civil para usar y gozar de su bien, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno y dentro de las normas prescritas al efecto por las autoridades.

"Al interpretar erróneamente la sentencia, el concepto de propiedad de la Nación como si se tratara de propiedad privada de ésta ha llevado a la sentencia a desconocer precisamente lo que se trata de amparar con el artículo 678 del Código Civil, o sea el uso y goce que tienen todos los habitantes del territorio sobre los bienes de uso público, pues desde el momento que este pertenece a ellos, debe hacerse respetar por las autoridades competentes a cuyo cargo está el control, supervigilancia y policía que son las únicas funciones que éstas tienen sobre los bienes de uso público".

Continuando en el desarrollo de este cargo, asevera el recurrente que "quien realice, construcciones sin permiso, se coloca fuera de la ley, sin que pueda alegar con posterioridad a las construcciones que se acoge a lo que ordene la autoridad competente para legalizar las edificaciones construidas, cuando precisamente dicha autoridad no ha tenido intervención alguna.

"Si por vías de hecho ejecutadas por la construcción de unas tuberías que obstaculizan el ejercicio de la propiedad privada de la actora, sin el permiso especial de la autoridad competente, que en su época lo fue el Comando de la Armada y la Dirección de Marina Mercante Colombiana, y en la actualidad la Dirección General Marítima y Portuaria y éstas no han afectado gestión alguna para impedir la ocupación de bienes de uso público a que está vinculado en parte el inmueble de la actora, no se ve la razón de que tal 'anomalía' al decir de la sentencia, debe ser declarada

por la misma entidad que ha debido intervenir para otorgar el permiso, cuando éste no existe.

"Sería lo mismo que afirmar, que se ha violado la ley en contra de disposiciones expresas porque la autoridad competente no ha autorizado las construcciones, ésta sea quien deba declarar que las vías de hecho sean ilegales. Basta demostrar que no existe el permiso para que la jurisdicción ordinaria defina si hubo o no violación de la ley y porque además, tanto el Decreto 736 de 1964 (Art. 5º) como el Decreto 2349 de 1971 (Art. 95), establecen que en caso de oposición a la solicitud de concesión de permisos, el procedimiento se suspenderá hasta tanto se dirima la controversia por las vías legales, que en este caso corresponde a la jurisdicción ordinaria.

"De conformidad con el artículo 679 del Código Civil para poder construir sobre playas, como bienes de propiedad de la Unión de uso público, la ley exige que el permiso o autorización correspondientes debe ser *especial y otorgado por autoridad competente*".

Dice el recurrente, rematando este aspecto de su censura, que "desde la ley de 1876, y de acuerdo con el artículo 679 del Código Civil, existen en Colombia entidades administrativas, como el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Comando de la Armada, la Dirección de Marina Mercante Colombiana y últimamente la Dirección General Marítima y Portuaria a quienes se otorgó la jurisdicción y competencia en forma exclusiva para conceder los permisos especiales a que se refiere nuestra ley civil en su artículo 679 del Código Civil.

"De esto se deduce que ninguna otra entidad, Ministerio o Dependencia administrativa está facultada para otorgar dichos permisos para construcciones, sino las entidades marítimas últimamente mencionadas, siendo nulos los que se conceden para construir y explotar dentro de las zonas bajo la jurisdicción de la Dirección Marítima y Portuaria, según el artículo 102 del Decreto 2349 de 1971".

3. Avanzando en el desarrollo de este cargo, asevera el casacionista que el permiso a que se refería el Decreto 736 de 1964, que era el que regía en esa época, debía ser solicitado al Comando de la Armada por conducto de la Capitanía del Puerto, acompañado de una serie de requisitos que esa norma determina; que, en este caso, la solicitud de permiso hecho por la Texas Petroleum Company no se otorgó por escritura pública, ni la construcción quedó de acuerdo con los planos por lo que, según dicha normación legal, quedó sin valor.

Agrega la censura que "de conformidad con la reglamentación dada por el Gobierno, en desarrollo de su función tutelar, de custodia, defensa y administración de los bienes de uso público se han dictado las normas a que he hecho referencia, pero ello no quiere decir que la Nación pueda disponer y aceptar en favor de determinada persona, el uso y goce de los bienes que ella administra, ya que dentro del concepto de dominio eminente y dominio *sui generis* que ella tiene, no puede desconocer tal uso y goce de las playas y terrenos de baja mar que por imperio de la misma ley pertenecen a todos los habitantes y que no pueden ser ocupados por nadie y menos cuando tal ocupación se ha realizado por vías de hecho sin el *permiso especial* de la autoridad competente".

Expresa además la impugnación que "La Nación solamente puede reglamentar el uso y goce de los bienes de uso público, pero la propiedad de los particulares debe ser respetada según las normas del Código Civil, de acuerdo con los correspondientes títulos y según los linderos que en ellos aparezcan. Una cosa es que la Nación ejercitando sus funciones de policía, seguridad, higiene, etc. sobre los terrenos de baja mar, que son los que se encuentran cubiertos por la máxima marea y quedan descubiertos cuando ésta baja, al tenor de lo dispuesto en el artículo 88 del Decreto 2349 de 1971, que son bienes de uso público y que pertenecen a todos los habitantes y otra que pueda reglamentar la zona de los 50 metros, que no es terreno de baja mar, pues es de propiedad particular pero que para los efectos de las edificaciones y construcciones que se realicen en los inmuebles ribereños, debe someterse a las condiciones exigidas por la entidad Marítima"; y que, en el caso presente, la compañía demandada, al haber construido las tuberías por las vías de hecho y sin permiso legal, se ha "burlado del derecho de la Nación a supervigilar, administrar y organizar dichos bienes de uso público".

Y agrega que "no existiendo la autorización de la Entidad Marítima y no habiéndose llenado los requisitos exigidos por la ley", para la construcción en esos terrenos de baja mar, la compañía demandada no las podía legítimamente realizar, y que al hacerlo se desconoció el derecho de la demandante, por lo que la sentencia quebrantó las normas pertinentes del Decreto 2349 de 1971, particularmente sus artículos 87, 88 y 89.

4. En su dilatadísimo escrito sustentatorio de la impugnación, añade el censor que "si la ley ha ordenado, que previamente a las licencias de construcción se deben otorgar por la Entidad Marítima (en su época el Comando de la Armada y la Dirección de Marina Mercante Colombiana), mediante resolución motivada y a constituir un compromiso por escritura pública de que al vencimiento del término entregarían a la Nación las edificaciones construidas, para cumplir lo ordenado por el artículo 682 del Código Civil y reconocer que el permiso no afecta *el derecho de dominio de la Nación*, es indudable que se ha violado la *soberanía de la Nación* porque al construir por vías de hecho la compañía demandada ha dejado de cumplir un compromiso que afecta a aquélla en su dominio eminente sobre sus bienes, violando los artículos 2º, 3º, 4º y 202 de la Constitución Nacional.

"Al edificar sin el correspondiente permiso de la autoridad competente se ha impedido el ejercicio del derecho tanto de la Nación como de los particulares de poder oponerse a las vías de hecho que perjudican los bienes de uso público de que es dueña la Nación por el derecho eminente de ésta y cuyo uso pertenece a todos los habitantes, de acuerdo con la Constitución y las leyes. Violándose así el artículo 5º del Decreto 736 de 1964 y el artículo 95 del Decreto 2349 de 1971".

Rematando la formulación de este cargo, asevera la censura que la sentencia combatida quebrantó los artículos 1430 y 1431 del Código de Comercio, que "en lo relativo a la *vigilancia, control y cumplimiento de las normas* relacionadas con las actividades marítimas, otorgó la jurisdicción a la Dirección de Marina Mercante Colombiana. . .", y que ese yerro

in judicando "viene desde la sentencia de primera instancia cuando el Juez dijo que la Resolución número 002751 emanada del Ministerio de Minas y Petróleos, autorizó el funcionamiento de la planta, disposición que es anterior al Decreto 2349 de 1971, y resolución, que como acto administrativo, es indiscutible por este juzgador (sic) porque la jurisdicción y competencia no corresponde a dicho Ministerio ya que la *autoridad competente*, según el artículo 679 del Código Civil es la Entidad Marítima, Comando de la Armada, Dirección de Marina Mercante Colombiana y Dirección General Marítima y Portuaria, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 15 de 1876, y los Decretos 1822 de 1920, 3183 de 1952 (Arts. 9º y 97), 736 de 1964 y 2349 de 1971 y el *permiso especial* de que trata el mencionado artículo 679 del Código Civil debe llenar todos y cada uno de los requisitos a que se refieren las normas arriba transcritas de los Decretos citados, para poder edificar las construcciones en las zonas costeras, como bienes de uso público".

SE CONSIDERA

1. *La legislación civil positiva en Colombia siempre ha establecido, relativamente a la causal primera de casación, que la trasgresión de una norma de derecho sustancial puede ser por omisión o por comisión: ocurre lo primero cuando el juez preterm ite su aplicación a los casos que la requieren y reclaman; y sucede lo segundo cuando la aplica a supuestos que tal ley no contempla, o cuando, siendo la pertinente, la hace actuar en la controversia pero atribuyéndole un sentido que ese precepto no tiene.*

O sea, que el quebranto por omisión de la norma de derecho sustancial sólo se da por inaplicación de ella; a lo que otrora equivalía la infracción directa; y la violación por comisión ocurre cuando hay aplicación indebida, o interpretación errónea del precepto.

El artículo 520, ordinal 1º de la Ley 105 de 1931, o sea el Código Judicial derogado, decía en efecto que la causal primera de casación consistía en "ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea". El Decreto 528 de 9 de marzo de 1964, mediante el ordinal 1º de su artículo 52, instituyó dicho motivo de casación con los siguientes términos: "Ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea". Y el Código de Procedimiento Civil hoy vigente, dice que la causal primera de casación consiste en "ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial, por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea".

2. *En congruencia con la legislación positiva, doctrinas y jurisprudencia patrias han sostenido al unísono y tradicionalmente, como que tal es lo que corresponde a los claros mandatos de la ley al punto, que una norma de derecho sustancial puede resultar trasgredida por uno cualquiera de los siguientes tres conceptos: falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea. Y muy a pesar de que en el Código de Procedimiento Civil de 1970 se plasmó la expresión "falta de aplicación", a cambio de "infracción directa", que empleaba el anterior, esas doctrinas*

y jurisprudencia no han cambiado ni pueden variarse, no sólo porque corresponden al sentido exacto de esos mandatos legales, sino también, y fundamentalmente, porque no se ve, fuera de las tres indicadas, otra forma de trasgredir las normas jurídicas.

E invariablemente ha sostenido la doctrina de la Corte que se viola la ley sustancial por falta de aplicación cuando no se hace obrar el precepto pertinente en el caso controvertido, debiendo haberse aplicado en el fallo; por aplicación indebida, cuando entendida rectamente la norma se la aplica sin ser pertinente al asunto que es materia de la decisión; y por interpretación errónea, cuando siendo la correspondiente, se la entendió, sin embargo, equivocadamente y así se la aplicó.

3. Si el juez tiene el deber señero de indagar cuál es el pensamiento latente en la norma jurídica, como medio único de aplicarla en su sentido y alcance estrictos, tiene que interpretarla sin desviaciones o errores; cuando en éstos incurre y con tales vicios la aplica, cae en infracción por interpretación errónea, pues la hace actuar en la controversia atribuyéndole una inteligencia que no le corresponde.

De lo cual se sigue, tiene que seguirse por imperativo de la lógica, que la interpretación errónea de una norma de derecho sustancial presupone que, independientemente de toda cuestión fáctica, se aplique dicho precepto al caso litigado. Por ello ha dicho la Corte que "interpretar erróneamente un precepto legal es, en casación, aplicarlo al caso litigado por ser el pertinente, pero atribuyéndole un sentido o alcance que no le corresponde. De consiguiente, el quebranto de una norma sustancial, en la especie de interpretación errónea, excluye la falta de aplicación de la misma; y excluye igualmente la aplicación indebida, porque en el caso del yerro hermenéutico se aplica la disposición legal que corresponde, pero con una inteligencia que no puede dársele, en tanto que en la aplicación indebida se emplea el precepto que no corresponde al caso litigado" (G. J., CXLIII, 168).

4. La inaplicación de una norma de derecho sustancial en una sentencia, o sea su violación por omisión, puede encontrar su causa en una de las tres circunstancias siguientes: a) porque el juzgador ignora totalmente la existencia de ese precepto; b) porque partiendo de su conocimiento, no la aplica sin embargo por no encontrar relación de semejanza entre el hecho específico y el hipotetizado por la norma legal; y c) porque partiendo de su existencia en el mundo jurídico, le desconoce validez en el tiempo o en el espacio. En estos dos últimos supuestos, como es apenas obvio pensarlo, el juez puede equivocadamente creer que la norma que él analiza no es aplicable al caso que estudia; entonces surge la falta de aplicación de la norma al supuesto en que debería aplicarse, y no la interpretación errónea, pues ésta, en ese supuesto, no ha trascendido a la parte resolutiva del fallo porque no se aplicó en él.

Pero como es lo cierto que en cualquiera de tales tres hipótesis el juez no hace actuar la norma jurídica en el caso litigado, el quebranto de ella, en caso de existir, lo será necesariamente por falta de aplicación y no por interpretación errónea. De ahí que, como ya lo ha dicho la Corte, "es verdad que el juzgador, al dirimir el conflicto de intereses que se le

ha presentado para su composición, puede dejar de aplicar la norma pertinente de derecho sustancial o aplicar la impertinente por haberla interpretado equivocadamente. Pero, así en la primera como en la segunda de estas dos hipótesis, el verdadero concepto de violación, dentro de la técnica del recurso extraordinario, no es la interpretación errónea, sino la inaplicación o la aplicación indebida, respectivamente" (G. J., *CXLIII, 168*).

En verdad que resulta inaceptable la tesis que propugnan algunos litigantes al sostener, en términos generales, que cuando la norma no se hace actuar en el fallo porque el juez yerra al determinar su significado, el concepto que realmente corresponde es el de la interpretación errónea, la que de contragolpe conduce a la inaplicación del precepto, pues ello es tanto como sostener que dichos dos conceptos, la inaplicación y la interpretación errónea, se reducen en últimas a uno solo: el segundo. Y este criterio es ostensiblemente inadmisible en la técnica de la casación, sencillamente porque choca bruscamente con las normas legales regulativas del recurso extraordinario, las cuales han consagrado siempre la falta de aplicación y la interpretación errónea como dos conceptos diferentes de quebrantar la norma jurídica sustancial. Como son diferentes también, según esa misma ley, la interpretación errónea y la aplicación indebida, así esta última encuentre su causa directa en la creencia equivocada del juez de que el precepto sí era aplicable sin serlo.

5. Como en el caso presente la censura ataca la sentencia de ser directamente violatoria, "por interpretación errónea", de una serie de normas legales que el Tribunal no aplicó en su fallo, pues éste resultó ser totalmente desestimativo de las pretensiones de la demandante, tiene que seguirse que el cargo no puede prosperar.

Porque, como lo ha dicho esta Sala, "el principio acusatorio y el de la dispositividad del juzgador privan de modo absoluto en el recurso extraordinario de casación, en forma tal que la impugnación del fallo y su alcance constituyen la punta a que ha de ceñirse estrictamente la Corte. Así circunscrita y limitada su capacidad decisoria, a ésta no le es dado completar cargos deficientemente formulados, ni modificar su sentido, ni variar la equivocada ubicación que les haya asignado el recurrente. De esta suerte, la censura que no satisfaga las exigencias legales en su formulación está condenada al insuceso" (CXXXII, 205).

6. Mirada la cuestión desde otro punto de vista, habría que decir que este cargo, formulado como viene claramente por violación directa de la ley sustancial, no está llamado a prosperar, pues por tal vía el ataque deja incólumes las conclusiones que en el aspecto fáctico sacó el Tribunal a través de las pruebas, y sobre las cuales apoyó su sentencia desestimativa de las pretensiones de la demandante: que "no existe culpa por parte de la Texas"; ni que, como consecuencia, la actuación de esta compañía deba considerarse como causante de perjuicios a la demandante.

Si el censor considera que las conclusiones del Tribunal en esos dos aspectos son equivocadas, porque al contrario de lo que éste afirma la compañía demandada procedió sin permiso a hacer sus instalaciones, ha debido formular su ataque a la sentencia por la vía indirecta y no por la directa, como aquí lo hizo. Ya está dicho que la violación directa de

la ley sustancial supone, por contraposición a lo que a su vez constituye la esencia de la violación indirecta, que por el sentenciador no se haya incurrido en yerro alguno de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas; y que, por lo mismo, en la demostración de un cargo por violación directa, el recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal.

Las deficiencias de técnica apuntadas son suficientes para que la Corte rechace este cargo.

IV. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 13 de septiembre de 1982, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario.

Costas del recurso a cargo de la recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

Horacio Montoya Gil, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Hernando Tapias Rocha.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

PACTO DE RETROVENTA

Finalidades prácticas de su celebración. El precio sirve realmente a un propósito de préstamo, con la garantía de la cosa que se vende, pero con la posibilidad de recuperación. Por sí solo no puede reflejar un contrato simulado de mutuo con hipoteca.

SIMULACION

Reitera la Corte que la simulación de un contrato solamente puede ofrecerse cuando quienes participan en él están de acuerdo en celebrar un contrato aparente, que oculte la verdadera voluntad ante terceros.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

Bogotá, D. E., enero 29 de 1985.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 10 de noviembre de 1981 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dictada en el proceso ordinario de Olga Ramírez de Gianmaría contra "Ganadería Saade Zableh Limitada" y otro.

1. Antecedentes

La demanda inicial, que se repartió al Juzgado Doce Civil del Circuito de Barranquilla, solicita de manera principal que se declare que el contrato de compraventa con pacto de retroventa celebrado entre la demandante y la sociedad Ganadería Saade Zableh, contenida en la Escritura pública número 2834 de 22 de diciembre de 1976 otorgada en la Notaría Cuarta (sic) del Círculo de Barranquilla es simulado, y que el verdaderamente querido por las partes contratantes, que permanece oculto, es de mutuo con garantía hipotecaria; que como consecuencia de lo anterior se declare la nulidad del contrato de compraventa que la mencionada sociedad celebró con un tercero, Raúl Díaz Cárdenas, también demandado; que

se ordene las cancelaciones de los registros de los actos jurídicos aludidos; que la Escritura pública 2834 se inscriba en la correspondiente oficina de registro como hipoteca a favor de la entidad demandada; que se condene a los demandados al pago de los perjuicios a favor de la demandante y a las costas y honorarios de abogados. Y, a la vez, en forma subsidiaria, se pide que el término para que el vendedor haga uso del derecho de volver a comprar el inmueble vendido a la sociedad demandada sea el señalado en el artículo 1943 del Código Civil y no el pactado en la Escritura pública 2834; que como consecuencia de lo anterior el tercero comprador Raúl Díaz Cárdenas debe vender a la demandante el inmueble que adquirió por medio de la Escritura 1883 de 5 de agosto de 1977 de la Notaría Quinta del Círculo de Barranquilla, con el otorgamiento del correspondiente instrumento público; y las costas y honorarios de abogado.

Se invocaron como causas, para las peticiones anteriores, las siguientes:

Que la sociedad Ganadería Saade Zableh Limitada entregó a la demandante la suma de ochocientos mil pesos que son los mismos que aparecen en la escritura de compraventa como precio, a título de mutuo con intereses anticipados al tres por ciento mensual.

Que la suma prestada se obligó la demandante a devolver en un plazo de seis meses, contados a partir de la escritura pública referida.

Que la demandante sólo recibió la suma de $ 656.000, por cuanto la cantidad de $ 144.000 fueron descontados de plano, como intereses anticipados de los seis meses del préstamo.

Que para garantizar el cumplimiento de la obligación, la señora de Gianmaría debió constituir hipoteca a favor de la sociedad demandada sobre una casa de habitación situada en la banda sur de la carrera 58, entre calles 79 y 80, marcada en la puerta de entrada con el número 79-159 de Barranquilla.

Que por ignorar los alcances jurídicos y las diferencias entre una hipoteca y la venta con retroventa, la demandante, persuadida por el Gerente de la sociedad demandada, firmó la Escritura pública 2834.

Que la demandante nunca tuvo intención de desprenderse del dominio del inmueble mencionado, pero sí afectándolo de un gravamen hipotecario a favor de la Sociedad Ganadería Saade Zableh Limitada.

Que, a su vez, la sociedad demandada vendió el inmueble a Raúl Díaz Cárdenas, por el mismo valor que aparece en la Escritura 2834, esto es, $ 800.000.

Que la señora de Gianmaría no incurrió en mora en el plazo de la obligación contraída, por cuanto el término para devolver la suma prestada no es el que aparece en la escritura pública tantas veces citada sino a partir del momento de la entrega del dinero, y que de convenirse en que el contrato sea de venta con retroventa el plazo es de cuatro años y no de seis meses como se señaló en el respectivo instrumento.

Que, por último, la señora de Gianmaría está dispuesta a cancelar la obligación, en su totalidad, o sea, la suma de $ 800.000.00, pero la sociedad

demandada no ha querido aceptar el pago, alegando que el bien le pertenece y el vencimiento del término para el retracto.

La parte demandada se opuso a las pretensiones, negando fundamentalmente los hechos narrados para hacer ver la simulación del acto jurídico contenido en la Escritura pública 2834.

Agotado el trámite de instancia, el Juzgado Doce Civil del Circuito de Barranquilla, desató la controversia mediante sentencia de 11 de mayo de 1981 absolviendo a la sociedad demandada de los cargos formulados y condenando en costas a la actora.

De la decisión del *a quo*, la demandante interpuso recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de Barranquilla.

El *ad quem* desató la alzada, con providencia de 10 de noviembre de 1981, confirmando en todas sus partes la sentencia apelada.

II. Fundamentos de la sentencia de segunda instancia

Para concluir que las pretensiones de la demandante deberían ser denegadas, que se alcanzaba con la confirmación del fallo del Juzgado Doce, el Tribunal se remontó, inicialmente, a los antecedentes jurisprudenciales sobre la figura de la simulación, previa ubicación de este instituto dentro del contexto del artículo 1776 del Código Civil, para afirmar, por último: "No hay duda de que la señora Olga Ramírez de Gianmaría ante una delicada situación económica le pidió a uno de sus colaboradores, el señor Alfredo Antonio Angulo Angulo, comisionista, que le consiguiera prestados la suma de $ 800.000.00. Este último la puso en contacto con el señor José Saade Abdelmassih, quien le facilitó el dinero antes indicado, pero no aceptando el contrato accesorio de hipoteca sino la venta con pacto de retroventa.

"El aspecto relativo al pago de intereses por parte de la demandante a la sociedad demandada no aparece acreditado, ya que en autos aparece, que la primera de las nombradas recibió de la segunda la suma de $ 144.000 en efectivo y no que le retuvieran la misma por ese concepto. En ese sentido es muy claro el recibo firmado por la señora Olga Ramírez de Gianmaría visible a folio 14 del cuaderno de pruebas, en el cual se dice textualmente: 'Recibí del Sr. José Saade la suma de ochocientos mil pesos a satisfacción y distribuidos así: $ 423.700.00 a Delta S. A. en cheque del Banco de Bogotá Sucursal Prado, $ 232.500.00 en cheque del Banco de Bogotá Sucursal Prado y $ 144.000.00 en efectivo'.

"Es más, el único declarante que habla de pago de intereses o por lo menos que le consta es el señor Pedro León Ferreira Camacho, empleado de la demandante, pero este deponente es desmentido por el propio apoderado de la señora Olga Ramírez de Gianmaría cuando dice: 'Como el interrogatorio del Dr. Amiro García ha llevado al declarante a hacer afirmaciones que podían interpretarse equivocadamente, quiero aclarar que entre la señora Olga Ramírez de Gianmaría y el señor José Saade a más del negocio que ha dado origen a este pleito existió otro contrato de mutuo

con intereses por la suma de $ 150.000.00, por los cuales mi representada pagaba intereses al señor Saade, posteriormente aportaré recibos de pago de esos intereses. Hago la aclaración para que no se entienda que los intereses del que el declarante pagaba al señor Saade corresponden al negocio que aquí se ventila'. Es decir, que de acuerdo con lo expresado por el representante judicial de la actora, ese testigo se refiere a otra clase de intereses y no los que corresponderían al negocio jurídico materia de este proceso.

"El otro testigo, es el comisionista Alfredo Antonio Angulo Angulo, quien también habla de intereses, pero no le consta ese punto por cuanto él mismo dice que 'al momento de pagarlo no estuvo presente porque el dinero se acordó entregar una vez que la escritura saliera del registro yo no estaba presente'.

"Este deponente parte de la base del negocio pensado inicialmente por la demandante, o sea un contrato de mutuo respaldado sin una hipoteca, igualmente que por esa clase de operaciones hay que pagar intereses, pero la realidad es otra a la luz de las escrituras públicas que fueron adjuntadas con la demanda, los certificados de tradición, el recibo firmado por la señora de Gianmaría y la propia declaración de este señor que no presenció entrega de ningún dinero. Textualmente se expresa así: 'La entrega de dinero como lo dije antes no estuve presente, no sé si hubo deducción o si la señora Olga pagaría por otra vía'.

"Es más, la falta de documentos donde conste no sólo la existencia de esa relación jurídica que se dice existió entre las partes intervinientes en este proceso como también el pago de los intereses, se tienen como un indicio de la inexistencia de esos actos, tal como lo dispone el inciso 2º del artículo 232 del Código de Procedimiento Civil, que a la letra dice: 'Cuando se trata de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, *se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto*, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor o la calidad de las partes justifiquen tal omisión'.

"No habiendo acreditado la parte demandante la ocurrencia de los eventos últimamente señalados, hay que concluir necesariamente que no existe el contrato de mutuo, que ella no pagó intereses.

"Distinta sería la situación de la señora Olga Ramírez de Gianmaría, si ella hubiera incorporado al proceso los recibos donde constara que pagó los intereses, pero no ha sucedido así, por el contrario, como se dijo antes, aparece un documento donde consta que le pagaron el precio del inmueble con dos (2) cheques y $ 144.000.00, en efectivo y esa pieza aparece firmada por la demandante.

"En las anteriores condiciones, no puede el juzgado darle credibilidad a esos testigos para desechar el contenido de los documentos que fueron adjuntados con la demanda y otros que se encuentran en el cuaderno de pruebas".

Contra la sentencia del Tribunal la demandante interpuso recurso de casación.

III. Demanda de casación

En un solo cargo, y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, concretó el recurrente la inconformidad con el fallo del Tribunal. Sostiene el casacionista que por falta de aplicación se infringieron los artículos 6º, 1524, 1502, 1740, 1766, 1741, 1742, 1746, 2221, 2224, 2230, 2432, 2434, 2435, 1501, 1603, 1613, 1614 y 1615 del Código Civil y artículo 2º de la Ley 50 de 1936, por la misma razón y por aplicación indebida, los artículos 1530, 1534, 1536, 1540, 1548, 1849, 1864, 1939, 1940, 1941, 1942, 1943 del Código Civil. Además, por falta de aplicación el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 y 67, 830 y 831 del Código de Comercio y, por falta de aplicación, los artículos 176, 187, 197, 228, 249, 250, 252 y 276 del Código de Procedimiento Civil y, por aplicación indebida, el artículo 232 de la misma obra.

Para el censor los quebrantos indirectos de las normas citadas a que llegó el sentenciador de segundo grado se produjeron como consecuencia de errores objetivos, manifiestos y graves en la estimación de los siguientes medios probatorios:

a) No haber apreciado los indicios que surgen del mismo contexto de la escritura pública contentiva del contrato de compraventa con pacto de retroventa;

b) No haber apreciado como indicio de la simulación el fenómeno de la *retentio possessionis;*

c) No haber apreciado como indicio la forma de pago, que no se hizo ante el Notario sino después, y la forma como se dijo haber pagado, en efectivo, la cantidad de $ 144.000.00, correspondiente al valor de los intereses al 3% durante seis meses;

d) Haber pretermitido totalmente la declaración de parte del gerente de la sociedad demandada, especialmente en cuanto a la venta que dicha sociedad hizo del inmueble por el mismo precio y plazo, en cuanto explicó tal negocio "sencillamente porque cada cual hace de lo suyo lo que quiera";

e) Pretermisión total de la declaración de parte del demandado Raúl Díaz Cárdenas en cuanto manifestó no haber pagado el precio de lo que compró; que no tiene la posesión del inmueble; que no paga intereses de lo que debe; que no sabía quien estaba en posesión del inmueble, para admitir finalmente que quien se opuso fue Olga de Giammaría;

f) Pretermisión total del indicio derivado del precio de venta, muy inferior al justo, que casi puede catalogarse como vil;

g) La pretermisión total del indicio surgido de no haber entregado la casa supuestamente vendida a la sociedad compradora,

h) La pretermisión total, como elemento probatorio, de la carta dirigida a la demandante por el abogado de la sociedad demandada, en la que se reconoce no haberse hecho la entrega del inmueble y se la invita a un arreglo;

i) Haber pretermitido como prueba la escritura pública en la que la sociedad vendió a Raúl Díaz, por el mismo precio, a crédito, sin intereses y sin entrega del bien;

j) Pretermisión de la declaración de Pedro León Ferreira Camacho, quien declara que la demandante no recibió de la sociedad compradora dinero en efectivo y que al vencerse el término del préstamo estuvo en casa del Gerente con los $ 800.000.00 dispuesta a hacer el pago que no le fuera aceptado;

k) Pretermisión de la declaración de Alfredo Antonio Angulo, quien manifiesta como intermediario del negocio con la sociedad demandada que éste fue una garantía de un préstamo y no compraventa verdadera.

Para el recurrente, entonces, los errores en que incurrió el sentenciador *ad quem* no le permitieron ver el negocio oculto de mutuo con hipoteca sino el de compraventa con pacto de retroventa. Es decir, no reconoció el acto prevalente sobre las simples expresiones literales de la Escritura 2834. Insiste en que el negocio era simulado y así debía declararse.

IV. Consideraciones de la Corte

En primer lugar debe la Sala advertir la situación que se ofrece para el estudio del cargo, puesto que en la demanda introductoria del proceso se hizo mención de la Escritura pública 2834 de 22 de diciembre de 1976 de la Notaría Cuarta de Barranquilla y así se entendió a lo largo de las dos instancias, cuando, en verdad, fue otorgada, con idéntico número en la Notaría Primera del mismo Círculo Notarial. Esta situación supone, para un entendimiento de la censura, que el contrato que se dice simulado no está contenido en el instrumento público referenciado en la demanda pero sí, con iguales número y fecha, de otra notaría. Pero lo cierto es que no se puede desconocer que el contrato atacado es el contenido en la escritura pública aportada y confirmada con el certificado de tradición expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos de Barranquilla y que obró como pieza importante del proceso sin que se hubiera hecho objeción alguna y sin que las partes impugnaran su contenido. Algo más, el Tribunal se refirió en la sentencia a la Escritura 2834 de diciembre 22 de 1976, otorgada ante la Notaría Primera y no en la Notaría Cuarta.

En esas condiciones se tiene que partir de la apreciación de que el acto jurídico atacado por simulación es el que se encuentra en el proceso, no obstante el demandante, quizá por un yerro del apoderado judicial, que no es del caso calificar en este momento, hizo referencia equivocada en lo que atañe a la notaría. Aún así, estima la Corte que sí procede el estudio del cargo, en cuanto se entiende que el contrato de compraventa impugnado, por supuesta naturaleza imperfecta, es el que reposa en el proceso, con número, fecha y notaría.

Entonces, la Corte, con la advertencia anterior, entra al estudio de fondo del cargo único.

El negocio jurídico atacado es el de compraventa con pacto de retroventa, que para el demandante es simulado por cuanto no refleja la verdadera voluntad de los contratantes. Por eso al instaurarse la acción de simulación se afirma que el acto querido por los otorgantes era de mutuo con hipoteca. Así mismo se sostiene en la demanda que el vínculo nacido

del instrumento no correspondía a la voluntad de los contratantes. Para el censor el Tribunal no tuvo en cuenta todos los factores probatorios, reseñados en el cargo, para imprimir las consecuencias de la simulación.

Para lograr un mejor entendimiento del asunto que se discute, estima la Corte conveniente hacer algunas reflexiones preliminares.

Claras, notorias e indiscutibles diferencias existen, en verdad, entre la compraventa con pacto de retroventa y el mutuo con garantía hipotecaria. Aquélla refleja la voluntad, por una parte de dar una cosa, a cambio, como contraprestación, de un precio, que es la obligación principal de la otra. Encierra, por tanto, un acto de disposición, que adquiere relevancia cuando el vendedor tiene la capacidad o aptitud para tradir y (sic), además, la intención para hacerlo. En el mutuo, si bien tiene un contenido dispositivo, se entrega una cosa fungible con la obligación de que se devuelve otra tanto de la misma calidad y género.

Ahora bien, dentro del amplio sentido de la libertad negocial, que impera en el ordenamiento jurídico privado, la compraventa puede estar acompañada de otras manifestaciones de la voluntad que se han de reflejar en el desarrollo mismo del contrato. Generadores de especiales circunstancias están los llamados pactos accesorios a la compraventa, unos de calificación legal, como el comisorio, de retroventa, de mejor comprador, de reserva de dominio que no está reconocido expresamente como tal, pero que sí lo es, puesto que se gobierna con los mismos criterios de los anteriores de acceder a una compraventa, y los innominados, o sea, aquellos en que el producto del querer de los contratantes no se encuadra dentro de los llamados típicos pero que son permitidos como resultado de la autonomía contractual, y siempre y cuando no quebranten las normas imperativas o de orden público ni los principios de las buenas costumbres. Pues bien, la compraventa con pacto de retroventa, tiene un alcance específico: se dispone de la cosa, mueble o inmueble, pero el vendedor se reserva la facultad de recobrarla pagando la suma de dinero estipulada en el contrato o a falta de precisión de valor, mediante el precio pagado en el negocio. El pacto, por tanto, se convierte en una ley del contrato, para permitir el retracto convencional, que se logra cuando el vendedor hace uso de la facultad resolutoria de aniquilar el negocio dentro del término contractual o el legal, a falta de aquél.

El que vende con retroventa sabe que dispone del bien, que se despoja del dominio, pero también entiende que puede recobrarlo mediante la devolución del precio o la cantidad incorporada en el contrato. Comprende, la más de las veces, que el dinero que recibe del comprador no se contrae necesariamente a una estipulación concreta del elemento precio, sino que más bien la entrega se hace bajo el entendimiento que lo ha de restituir para la recuperación del objeto vendido. Y esa es la razón práctica del pacto de retroventa: el vendedor se desprende del bien por la momentánea o circunstancial necesidad de dinero, pero, luego, debe gozar de los recursos pecuniarios para recobrar la cosa, de suerte que el comprador no puede impedir, por la fuerza resolutoria que tiene esa modalidad negocial, la recuperación del bien.

No puede, pues, llamarse a engaño el que hace uso legítimo del derecho que le compete sobre una cosa para venderla con la facultad de recobro.

Si bien tiene como causa inmediata, para la disposición, procurarse un dinero, también le asiste una voluntad definida y real de enajenar la cosa, pero debilitada la solidez del dominio del comprador con el derecho al rescate por medio de la devolución de lo convenido o de lo estipulado como precio en el mismo contrato.

Y nada de esto es nuevo. La razón práctica del pacto de retroventa, en los términos comentados, proviene del Digesto y del Código de Justiniano. Es, en suerte, una expresión universal, que ha servido a las legislaciones antiguas y modernas para incluirla en sus ordenamientos con la estimación de su fundamento real: la vinculación, por el acto de disposición, se concreta en la posibilidad de ejercitar el retracto.

En esos términos, con el pacto de retroventa surge un negocio jurídico indirecto *en cuanto las partes se vinculan de ese modo, no obstante pretendan otros objetivos o propósitos como sería procurar las ventajas o los beneficios del derecho de retraer la cosa vendida; es decir, se provee un resultado negocial mediante disposiciones peculiares no necesariamente coincidentes con la voluntad, pero sí real, en cuanto a la dirección del acto y a la función típica del contrato; dentro de la soberanía contractual las partes escogen una vía indirecta para llegar al mismo fin negocial. Se introduce, por tanto, una variación a los efectos normales del contrato, de compraventa, como operación del tráfico, que desplaza los valores en cuanto el precio sirve realmente a un propósito de préstamo, con la garantía de la cosa que se vende, pero con la posibilidad de recuperación.*

La venta con pacto de retracto no puede, por sí sola, reflejar un negocio simulado, puesto que éste se ofrece, tal como lo tiene entendido la doctrina, cuando se endereszan las voluntades, de manera distinta a lo que en verdad quieren las partes, para hacer producir efectos externos completamente apartados del propósito negocial.

No se puede hablar de simulación en una venta con pacto de retracto por el hecho de que se requiera de un dinero, y ser éste el interés inmediato en el vendedor. No. El que vende con retroventa más que un propósito de disposición persigue un dinero, que al no alcanzarlo mediante el mutuo acude al pacto de retro como una manera ágil y rápida de lograr el objetivo. Empero, la voluntad cuando se expresa en sentido de vender sí es real o, mejor, querida, bajo la especial circunstancia de poder readquirir el bien con el pago de lo pactado o de lo consignado como precio de venta. No le es dable, entonces, al vendedor argüir, luego, que no deseaba enajenar la cosa sino de manera simple recibir un dinero y entregar la cosa en garantía, porque esto se presenta con otros actos jurídicos inconfundibles como es, precisamente, el mutuo con hipoteca, que, por tanto, debe ser consignado en exacto sentido.

Pues bien, descendiendo al caso sub-análisis, se encuentra que ciertamente lo que se celebró fue un contrato de compraventa con pacto de retroventa. La Escritura pública 2884 recoge esa manifestación de voluntad. Y para rechazar ese propósito negocial se tendría que demostrar lo contrario, es decir, el contrato realmente querido. Y nada se aprecia en este proceso. El Tribunal entendió que el negocio celebrado es el mismo del querido, esto es, de compraventa con pacto de retroventa, al no encon-

trar prueba que infirmara esa voluntad contractual. Sin embargo, el casacionista quiere a través de indicios demostrar que el negocio deseado por las partes era de mutuo con interés, pero con garantía hipotecaria. Todas las circunstancias que menciona a manera de indicios y que le sirven de argumento para enrostrar la violación de las leyes sustanciales en la sentencia acusada no acreditan, como deber ser jurídicamente, que el acto que movió a las partes no era en realidad el de compraventa con facultad de recobro, sino en forma simple de mutuo con interés. Por el contrario, los mismos factores que se citan para demostrar el negocio no reconocido por el Tribunal, incluyendo la declaración del señor Alfredo Antonio Angulo, sirven de respaldo, precisamente, al acto recogido en el instrumento público citado. Desde el escrito demandatorio se hace la afirmación de que la sociedad Ganadería Saado Zableh no aceptaba hipoteca como garantía de la suma de dinero que aspiraba la actora se le facilitara sino concretamente venta con pacto de retroventa, y fue este último el camino jurídico que las partes prefirieron recorrer para plasmar la voluntad definitiva. Entonces, no se puede convenir que por ignorancia o desconocimiento de los alcances jurídicos fuera llevada la demandante a la celebración del contrato, porque de ocurrir esto se estaría dentro del marco del error que no se puede predicar en situaciones como las que apunta el caso en estudio. Si se escogió la vía de la venta con facultad de retro, tenía la vendedora la oportunidad de ejercer el derecho derivado de esta clase de pacto de recobrar la cosa dentro del plazo estipulado, y no el de ley, puesto que éste adquiere connotación a falta de una previsión contractual.

Y si la demandante, no obstante la expresa manifestación de la sociedad demandada de convenir en la venta con pacto de retroventa quiso persistir en su propósito de que el contrato era de mutuo con hipoteca, esta actitud no sería nada distinta de una reserva interior sin consecuencia o efecto jurídico transformador de la índole negocial recogida en la Escritura pública 2834, porque no se dio el acuerdo para simular indispensable para que se entienda esta figura. Por eso la Corte ha sostenido:

"*La simulación en un contrato solamente puede ofrecerse cuando quienes participan en él se conciertan para crear una declaración aparente que oculte ante terceros su verdadera intención que puede consistir, en descartar* inter partes *todo efecto negocial (simulación absoluta), o en que se produzcan otros efectos distintos, en todo o en parte, de los que surgen de la declaración aparente (simulación relativa).* Cuando uno solo de los agentes, mediante el contrato persigue una finalidad u objeto jurídico que le oculta al otro contratante, ya no se da el fenómeno simulatorio, porque esta reserva mental (propósito *in mente retento*) no convierte en irreal el contrato celebrado en forma tal que éste pueda ser declarado ineficaz o dotado de efectos distintos de los que corresponden al contrato celebrado de buena fe por la otra parte; ésta se ha atenido a la declaración que se le ha hecho; *carece de medios para indagar si ella responde o no a la intención interna de su autor, y esa buena fe merece protección*" (*Cas. Civ. 29 de abril de 1971, T. CXXXVIII, Pág. 314*).

"*La jurisprudencia de la Corte se ha fundado en la doctrina foránea, pues en ésta se ha sostenido que necesariamente la simulación requiere del acuerdo de las partes, porque en su defecto sólo habría una mera reserva*

mental, que en nada afectaría la fuerza vinculante del contrato, como lo exponen Héctor Cámara y Francisco Ferrara, pues el primero sostiene al abordar el tema que 'como primera condición es primordial para la simulación la conformidad de todas las partes contratantes; no basta que alguna manifieste la declaración en desacuerdo con su íntimo pensamiento, sino que es imprescindible que el otro contratante formule la suya y en inteligencia con el primero. La ficción supone una relación bilateral entre los que efectúan el negocio, quienes cooperan juntos en la creación del acto aparente, en la producción de la falsa imagen constitutiva del acto simulado' (Simulación en los Actos Jurídicos, Pág. 29). Criterio semejante expone el segundo de los citados, como quiera que en el punto afirma: 'La simulación supone un concierto, una inteligencia entre las partes; estas cooperan juntas en la creación del acto aparente, en la producción del fantasma jurídico que constituye el acto simulado. Sin el concurso de todos, la simulación no es posible; no basta con el propósito de uno solo, pues con ello se tendría una reserva mental y no una simulación' (La Simulación de los Negocios Jurídicos, Pág. 44).

"f) No ofrece duda que el proceso simulatorio exige, entonces, la participación conjunta de los contratantes y que, si así no ocurre, se presentaría otra figura, como la reserva mental, que no tiene ninguna trascendencia sobre la validez y fuerza vinculante del negocio jurídico celebrado en esas condiciones.

"Poco interesa que la simulación sea absoluta o relativa, pues en una y otra se requiere del mencionado acuerdo, como quiera que la creación de una situación jurídica aparente, distinta de la real, supone necesariamente un concurso de voluntades para el logro de tal fin. De suerte que si no hay acuerdo para simular, no hay simulación. El deseo de una de las partes, sin el concurso de la otra de emitir una declaración que no corresponde a la verdad, no pasa de ser, como antes se afirmó, una simple reserva mental, fenómeno diferente de la simulación" (Sentencia aún no publicada de 26 de agosto de 1980).

Todo lo dicho lleva a la Corte a no encontrar razones que permitan establecer los errores evidentes que el censor pretende endilgarle a la sentencia del Tribunal. Este se limitó a apreciar que el acto jurídico declarado en la Escritura pública 2834 no había sido desconocido en ningún momento por las partes de manera que permitiera sostener que el negocio real era otro que no se vislumbra. Y si en un principio la demandante quería dar en garantía el inmueble y no venderlo, pero, al final, hizo esto último, debe entenderse esta declaración como la realmente querida, a falta de prueba que permita detectar un acuerdo simulado, necesario para la declaratoria de prevalencia.

No prospera, pues, el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 10 de noviembre de 1981, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla. Costas a cargo del recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Rafael Reyes Negrelli
Secretario.

PRUEBA DOCUMENTAL

PUBLICIDAD Y CONTRADICCION. **Cumplen estos requisitos los documentos allegados con la demanda y de los cuales se hace expresa mención en ella.**

PATERNIDAD NATURAL

POSESION NOTORIA DEL ESTADO CIVIL DE HIJO NATURAL. **Elementos que la tipifican. Cómo debe analizarse la prueba testimonial.**

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

Bogotá, D. E., 23 de abril de 1985.

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 18 de octubre de 1983, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por Jorge Eliécer, Rafael y Hernando Moreno Niño, frente a Rafael Moreno Sandoval.

I. El litigio

1. Mediante escrito que en repartimiento del 9 de noviembre de 1979 correspondió al Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá, los citados Moreno Niño, demandaron al mentado Moreno Sandoval en procura de las siguientes declaraciones:

Que los tres demandantes, todos hijos naturales de Amelia Niño Hernández, lo son también de Rafael Moreno Sandoval; que, como consecuencia, se los tenga como tales para todos los efectos legales, debiéndose

ordenar que al margen de las actas de sus nacimientos se tome nota de la verdadera paternidad, tal cual lo dispone el artículo 4º del Decreto número 1260 de 1970.

2. Los hechos que los demandantes invocaron en su demanda como constitutivos de la *causa petendi*, quedan sustancialmente sintetizados en las siguientes afirmaciones:

Que a partir de 1930 y aproximadamente hasta el año de 1948, Amelia Niño Hernández, quien a la sazón era soltera y vivía en el área urbana de la ciudad de Tunja, mantuvo relaciones sexuales estables y permanentes, pues durante esa época convivieron bajo el mismo techo con Rafael Moreno Sandoval; que fruto de tales relaciones fue la procreación de los demandantes, cuyos nacimientos ocurrieron, en su orden, el 13 de mayo de 1932, 20 de enero de 1935 y 1º de noviembre de 1936, todos en la misma capital boyacense en donde fueron bautizados; que durante todo el tiempo que Moreno Sandoval y Niño Hernández convivieron, fueron considerados como marido y mujer en el medio social en que se desarrollaron sus relaciones; y que desde cuando los demandantes nacieron, Rafael los trató a todos como a sus hijos, les suministró lo necesario para su crianza y atendió "a su vestido, estudio y manutención"; y que, por su parte, el demandado ha recibido de sus demandantes el tratamiento paterno.

3. Admitida que fue la demanda, al demandado se le notificó el auto admisorio y se le corrió el traslado de ley.

En su contestación a la demanda se opuso a las súplicas de sus demandantes; y en cuanto a los hechos por éstos afirmados los negó, exigiendo la prueba para ellos y expresando, finalmente, que estaría a lo que resulte probado.

4. Trabada así la relación jurídico-procesal, se continuó luego la ritualidad del proceso con la práctica de las pruebas pedidas por ambas partes; y agotada la primera instancia el juzgado del conocimiento dictó su sentencia de 21 de junio de 1982, mediante la cual, al encontrar probados los hechos fundamentales de la demanda, declaró que los demandantes Jorge Elíecer, Rafael y Hernando Niño son hijos naturales de Rafael Moreno Sandoval y "así ha de tenerse en cuenta para los efectos legales"; ordenó que al margen "de la partida de nacimiento de los citados se tome nota de lo decidido" en su sentencia; y, por último, condenó al demandado en las costas procesales.

5. Contra lo así decidido interpuso apelación el demandado, recurso que por virtud de su concesión llevó el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, luego de haber ritualdo la instancia, profirió su sentencia de 18 de octubre de 1983, por la cual confirmó íntegramente la apelada, con costas para el recurrente.

II. Los fundamentos de la sentencia de segunda instancia

1. Luego de relatar los antecedentes del litigio, de resumir el trámite del proceso y de advertir que no se observa impedimento procesal que

impida el pronunciamiento de un fallo de mérito, en el proceso de sus consideraciones acomete el Tribunal el análisis de la pretensión de paternidad natural, que es la que encuentra deducida en la demanda inicial.

Estima, al efecto, que los demandantes invocaron dos de las presunciones que consagra el artículo 6º de la Ley 75 de 1968 para hacer la declaración de ese contenido: las relaciones sexuales habidas entre el presunto padre y la madre de los demandantes, por la época de la concepción de éstos; y la posesión notoria del estado de hijo.

2. Y luego de referirse, con cita de doctrinas y jurisprudencias, a la naturaleza, efectos y medios de prueba de dichas dos presunciones de paternidad, entra a precisar, determinándolas con apoyo en las actas de nacimiento aducidas al proceso, las fechas de los nacimientos de los demandantes, así: Jorge Eliécer el 13 de mayo de 1932, Hernando el 20 de enero de 1935, y Rafael el 1º de noviembre de 1936.

Pasa en seguida a hacer la evaluación de la prueba testimonial practicada, la que, dice el sentenciador de segundo grado, es idónea y suficiente para sacar "avante la pretensión de los actores, por las causales invocadas en respaldo de la misma". Al punto alude, transcribiendo de ellas sus pasos trascendentes, a las declaraciones testimoniales rendidas por Abel Antonio Márquez, Cecilia Pineda de Suárez y Luz Herminda Díaz de Chaparro.

3. Conclusión de su análisis probativo es, para el Tribunal de Bogotá, la de que "los testimonios reseñados demuestran sin la menor duda, que existieron relaciones sexuales entre Amelia Niño y Rafael Moreno Sandoval y que de esas relaciones nacieron los señores Jorge Eliécer, Hernando y Rafael, las cuales se infieren del trato personal y social dado por Rafael Moreno a Amelia Niño durante el tiempo que convivió con ella, según el relato de los testigos ya citados".

Para corroborar la conclusión a que llega del análisis de la prueba testimonial, el Tribunal de Bogotá hace expresa referencia a la prueba documental que se allegó al proceso, consistente en tarjetas y cartas remitidas por Rafael Moreno a Jorge Eliécer, lo mismo que a las fotografías que también acompañaron los demandantes como prueba de la paternidad que reclaman.

III. El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia que se deja extractada interpuso casación el demandado. En su respectiva demanda el recurrente formula contra dicho fallo dos cargos, el primero con fundamento en la causal segunda del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y el segundo con apoyo en la primera, que la Corte entra a analizar y despachar en el orden en que vienen propuestos por ser el que corresponde a la lógica.

Cargo primero.

1. Mediante éste se acusa el fallo del Tribunal de ser incongruente por *extra petita*, ya que al decidir sobre lo no pedido resulta en incorsonancia con las pretensiones de la demanda.

2. En desenvolvimiento de la censura recuerda el impugnante que en la demanda los demandantes Jorge Eliécer, Rafael y Hernando se apellidaron Moreno Niño, que en ese libelo su apoderado solicitó que "mediante sentencia definitiva que haga tránsito a cosa juzgada *declare que mis representados*... son hijos naturales de Rafael Moreno Sandoval..."; que en el respectivo poder por aquellos otorgado se hicieron figurar como "Moreno Niño"; y que en cambio en la sentencia de primera instancia, la que fue confirmada íntegramente en su segundo grado de jurisdicción, decidió declarar como hijos naturales de Rafael Sandoval a "Jorge Eliécer, Rafael y Hernando *Niño* y así ha de tenerse en cuenta para los efectos legales".

Concretando el yerro *in procedendo* que denuncia, dice el casacionista: "Entonces, de los textos citados de la demanda, resulta claro que se pidió en ellas se declare hijos naturales del demandado a Jorge Eliécer Moreno Niño, Hernando Moreno Niño y Rafael Moreno Niño, y el Tribunal al confirmar el fallo de primera instancia declara hijos naturales del demandado a Jorge Eliécer *Niño*, Hernando *Niño* y Rafael *Niño*...".

SE CONSIDERA

1. Es verdad ya averiguada que para la procedencia del derecho de impugnación de las resoluciones judiciales, y, por ende, para el recurso de casación, se requiere como presupuesto indispensable la existencia de interés legítimo en el impugnador, el que se concreta en el agravio que la providencia atacada cause al recurrente.

Haciéndose consistir sustancialmente el cargo que aquí se considera en que el Tribunal de Bogotá, al confirmar en el punto la resolución del *a quo*, declaró la paternidad natural, frente al demandado, de personas inexistentes o por lo menos distintas de las demandantes, pues éstas, según la demanda, son Moreno Niño y no Niño como las apellida la sentencia, lo que equivale a decir que el fallo concedió un derecho a personas diferentes de quienes lo pidieron, cabe advertir que el recurrente en casación, como demandado que es en el proceso, carece de interés jurídico para impugnar por incongruencia el fallo del *ad quem*. "Es vano el cargo por inconsonancia — ha dicho la Corte— *mando*, aunque la sentencia no está acorde con las pretensiones deducidas por la parte demandante, quien invoca la causal segunda por tal motivo no es esta parte sino el demandado, a quien no perjudica esa inconsonancia (LXXIX, 855).

2. Pero si haciendo abstracción del anterior defecto de técnica en su formulación, debiera la Corte entrar a estudiar el cargo en el fondo, tendría que decir, por las razones que adelante expresa, que la censura es infundada y por ello debe desestimarse.

En efecto. Si bien es verdad, como principio general, que es la parte resolutiva del fallo la que obliga a las partes y al juez, no por ello puede y debe prescindirse absolutamente del análisis de la parte motiva, sobre todo cuando se trata de determinar y precisar el alcance y el sentido de las decisiones de la sentencia. Expresa al efecto don Manuel de la Plaza, después de notar el silogismo que implica el pronunciamiento de la sentencia:

"Estas sencillas consideraciones, si muestran, por una parte, que es el *fallo* y no sus antecedentes, lo que precisa combatir en casación, revelan, por otra parte, que a la hora de enjuiciarlo, no pueda prescindirse totalmente de su génesis como medio, a veces único, de poderlo interpretar. Si por obra de un proceso comparativo entre las premisas y la conclusión, ésta no es legítima, la casación reconstruirá las directrices del fallo; y aunque, *aparentemente*, se limite a combatir a éste, *de hecho*, tendrá que hacerlo combatiendo sus antecedentes" (La Casación Civil, Pág. 346).

Si lógica y naturalmente la sentencia toda y no una parte de ella es lo que constituye el objeto de análisis y decisión que del conflicto de intereses hace el juez, no es ciertamente posible desligar de lo dispositivo de ella su parte expositiva, desde luego que siendo en ésta en donde se encuentra el espíritu que alienta a aquélla, las dos armónicamente forman una unidad que no debe desintegrarse, so pena de falsear su verdadero contenido.

3. El contexto de la motivación del fallo del Tribunal de Bogotá, ora se lo considere en conjunto o ya separando las aserciones que lo integran frente a cada uno de los tres demandantes, permite reconstruir fielmente y determinar en forma precisa su pensamiento, concretado a la pretensión de paternidad que frente a su presunto padre Moreno Sandoval deprecaron los Moreno Niño, quienes, evidentemente, por no estar establecido su estado civil de hijos naturales del demandado, pues éste no los ha reconocido ni habían sido antes declarados tales por sentencia judicial, en algunas ocasiones se apellidaron solamente *Niño*, y no Moreno Niño.

Los documentos aportados al proceso acreditan que si bien los demandantes inicialmente sólo emplearon como suyo el apellido de su madre, o sea Niño, después, cuando se consideraron autorizados para ello por su padre, usaron o se apellidaron Moreno Niño. No hay pues inconsonancia entre la sentencia y la demanda.

Se desestima la censura.

Cargo segundo.

1. Con éste se acusa la sentencia de segundo grado de quebrantar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 92 y 399 del Código Civil; 1º y 6º de la Ley 45 de 1936; 1º, 6º, 9º, 10 de la Ley 75 de 1968; y de los textos 174 y 183 del Código de Procedimiento Civil, estos por inaplicación, como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que habría incurrido el sentenciador en la apreciación de las pruebas aducidas al proceso.

Considera el casacionista que el sentenciador, como consecuencia de los errores de hecho y de derecho que aquél le endosa, dio por establecidas en el proceso, sin estarlo ciertamente, las presunciones de paternidad referentes a relaciones sexuales y a posesión notoria, sobre las cuales fundó la declaración solicitada por los demandantes.

2. Concretando los errores de facto que denuncia asevera la censura que éstos consistieron: a) "la falta de apreciación de las fichas alfabé-

ticas... que obran a folios 48, 49, 50 y 52 del cuaderno número 1...", las cuales, dice el impugnador, "fueron ignoradas por el Tribunal"; b) en "apreciación errónea de los testimonios de Abel Antonio Márquez, Luz Herminda Díaz de Chaparro, Cecilia Pineda de Suárez y María Amelia Niño de Molano"; y c) equivocada apreciación de la tarjeta, cartas y fotografías que aparecen a los folios 3 a 11 del cuaderno número 2.

Como yerro de *iure* que le encrostra al sentenciador, dice el recurrente que consistió en que aquél tuvo como pruebas, sin que fueran decretadas como tales "ni de oficio ni a petición de parte, las partidas de bautismo de Jorge Eliécer Niño, Hernando Niño y Rafael Niño, que obran en los folios 2, 3 y 4 del cuaderno 1...".

3. A intento de demostrar el error de derecho por él invocado, dice el censor que las referidas tres partidas de bautismo "no fueron solicitadas como pruebas en la demanda, como lo ordena el artículo 75 numeral 10 del Código de Procedimiento Civil...; no fueron decretadas como pruebas ni de oficio, ni a solicitud de parte, en las oportunidades señaladas en los artículos 183, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil..."; que, a pesar de ello, "y sin tener en cuenta las normas mencionadas, el Tribunal las tuvo como pruebas", siendo que "no existen para el proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 174...".

4. Para desenvolver el cargo por la segunda faz, es decir, por la comisión de yerros de hecho, dice la censura que el Tribunal ignoró las fichas de la Registraduría Nacional "con las cuales se demuestra que los demandantes no son las mismas personas de Jorge Eliécer Niño, Hernando Niño y Rafael Niño a los cuales se refiere la sentencia en su parte resolutiva...". Dice la impugnación que al no estar demostrada la identidad de los demandantes Moreno Niño, no puede decirse que ellos sean los hijos naturales de Amelia Niño.

Añade la impugnación que al apreciar erróneamente los testimonios de Abel Antonio Márquez, Luz Herminda Díaz de Chaparro y Cecilia Pineda de Suárez, el Tribunal se equivocó al deducir la existencia de relaciones sexuales entre la madre de los demandantes y el presunto padre, pues partió —dice el censor— "del supuesto inexistente que a los testigos les constaba el trato personal y social dado por el demandado a Amelia Niño para la época de la concepción de los demandantes nacidos en 1932, 1935 y 1936..."; que también incurrió en error de hecho, que lo sirvió para inferir la causal de relaciones sexuales, las cartas, tarjetas y fotografías indicadas, "al tener como demostrado sin estarlo que ellas son documentos de la época de la concepción de los demandantes... cuando no existe en ellas o en otro documento probatorio del proceso, el más leve indicio de que se trata de documentos de la época de la concepción de los demandantes".

5. Dice el impugnador de la sentencia que esos mismos errores de apreciación probatoria condujeron también al Tribunal a dar por establecida, sin estarlo, la presunción de posesión notoria del estado civil de hijos de los demandantes con relación al demandado.

Asevera el casacionista que a tal conclusión no puede llegarse del dicho de los testimonios porque el de Márquez no es razonado, pues "al

deponente no le constan los elementos esenciales de la posesión notoria del estado civil por no reunir la continuidad de los 5 años"; el de Pineda de Suárez no debió considerarse, pues la declarante refiere hechos de cuando ella tenía 10 años, "y a esa edad, y en esa época en que el proceso de madurez era más lento que hoy, no estaba en capacidad de captar con la debida objetividad los hechos"; la misma crítica hace frente al testimonio de Luz Herminda Díaz de Chaparro. Dice, en suma, que se trata de una prueba testimonial incompleta, inexacta, no responsiva y por ende inidónea para dar por demostrada la posesión notoria.

Considera además la impugnación que los documentos referidos (tarjeta, cartas y fotografías), no son documentos idóneos para tomar como indicativos de la posesión notoria, cuando ellos, "en su contenido objetivo, no reflejan ninguno de los elementos constitutivos de ella, como lo son el trato, la fama y el tiempo". Añade que las fotografías, por sí solas, no sirven para identificar las personas que en ellas aparecen con los sujetos de este proceso; que la carta dirigida por el demandado a Jorge, visible al folio 10 del cuaderno número 2, "no permite establecer de cuál Jorge se trata", a más de que es un documento que "se refiere a una sola persona, y los demandantes son tres". Es protuberante error, dice, "que un documento de este tipo, en cuyo contenido no aparece sino escrito un solo nombre, se tenga como prueba demostrativa de la posesión notoria del estado civil de hijos naturales".

Se considera

1. *Como lo tiene aceptado la doctrina universal, para que la prueba cumpla su fin propio, cual es lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos que estructuran la relación material que se controvierte en el proceso, tiene que corresponder inexorablemente a ciertos y determinados principios, sin cuya observancia no puede merecer validez jurídica. Dentro de éstos, por ser relevantes en la controversia que aquí se estudia, tienen que citarse los atinentes a la publicidad y contradicción de la prueba.*

No sin razón sostienen los expositores del Derecho Procesal que el diligenciamiento de la prueba, entendido como el conjunto de actos que es necesario cumplir para su incorporación al proceso, no es sino una manifestación particular del contradictorio, desde luego que un elemento de convicción judicial no puede, en principio, oponerse al litigante que no lo conoció y no tuvo injerencia en su producción. El principio de la publicidad de la prueba *significa que debe permitirse a las partes conocerla, objetarla, discutirla y analizarla para patentizar ante el juez el valor que tiene; pero significa también que las conclusiones del falidor sobre la prueba deban ser conocidas por las partes, para, si es el caso, impugnarlas.*

Consecuencia obvia del anterior es el principio de la contradicción de la prueba, *pues esto reclama que la parte contra quien se opone, luego de conocerla, pueda intervenir en su práctica. A la contraparte le asiste el derecho de fiscalizar la prueba de su adversario en el litigio. Y para esto la prueba se le hace conocer cuando formulada la petición y decretado el auto respectivo se le notifica a la contraparte; o cuando, tratándose*

de prueba anticipada se anexa a la demanda, pues en tal caso con el traslado que se da al demandado éste conoce la prueba, la que por tanto deja de ser oculta y puede, si así lo desea, objetarla o discutirla.

2. *Cuando, como ocurrió en el presente caso, el juez amerita en su fallo documentos que el demandante, haciendo expresa y clara relación a ellos, anexa a su demanda, no incurre en error de derecho en la apreciación de tales pruebas, puesto que el artículo 77,6 le impone a aquél la obligación de acompañar a su libelo "los documentos y pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer..."; y el 183 ibidem le indica al fallador que "Si se trata de prueba documental o anticipada, también se apreciarán las que se acompañen a los escritos de demanda o de excepciones o a sus respectivas contestaciones, o a aquellos en que se promuevan incidentes o se les dé respuesta...".*

Si, pues, al recibir el traslado de la demanda el demandado se enteró y conoció las actas de estado civil a ella acompañadas, tales pruebas dejaron de ser ocultas para él y tuvo por tanto posibilidad y oportunidad de contradecirlas, lo que evidentemente no hizo en ninguna de las instancias del proceso. No puede ahora hablar en casación de prueba oculta, pues en tales circunstancias su afirmación en casación constituye un medio nuevo no admisible en este recurso: dicha prueba documental no fue alegada por el demandado en ningún momento en las instancias y, por consiguiente, el reparo que ahora se le formula no le fue sometido al sentenciador.

Se desestima pues esta censura.

3. *De acuerdo con la preceptiva legal pertinente, la posesión notoria del estado civil de hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento. Y para que dicha posesión autorice una declaración judicial de paternidad tiene que haber durado cinco años continuos por lo menos, probada por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezca de un modo irrefragable.*

Tres son pues, según doctrina jurisprudencial reiterada, los elementos que tipifican la posesión notoria del estado civil de hijo natural: el trato, la fama y el tiempo, cuya aceptación tiene que darse cuando los testigos citados al proceso para acreditar dicha posesión depongan concretamente sobre los hechos que presenciaron y que permiten deducirla.

4. En el caso de este proceso el juzgador *ad quem*, de acuerdo con el *a quo*, dedujo la posesión notoria de hijos naturales de Rafael Moreno Sandoval que atribuyó a los tres demandantes, entre otras pruebas, de los siguientes testimonios:

a) Abel Antonio Márquez Márquez, quien en su declaración jurada afirmó haber visto conviviendo, durante los años de 1939 y 1943, a Rafael Moreno Sandoval y Amelia Niño Hernández, porque el citado Moreno, dice el testigo, "contrató mis servicios por razones del trabajo, y me ofreció vivienda en su propia casa" de Tunja; que allí conoció a "los niños Rafael, Hernando y Jorge, quienes vivían en esa casa con el señor Moreno",

quien trataba a aquellos muy bien "los atendía, él atendía los gastos de la casa", como también daba un trato cordial a Amelia Niño Hernández, pues "la presentaba como esposa". Agrega el deponente que entonces los demandantes "se apellidaban con apellido Moreno"; que daban al demandado un trato muy cariñoso, "el normal que un hijo le puede dar al padre"; que Rafael, Amelia y los aquí demandantes tenían establecido "su hogar en Tunja, diagonal a la Iglesia de San Francisco"; que ante la sociedad Rafael Moreno y Amelia Niño aparecían, y así se les consideraba, como marido y mujer y a los tres demandantes como hijos de éstos; que los mantenían en el colegio, "pero a mí no me consta que el señor Moreno hubiera ido a matricularlos"; dice que siempre les dio "trato cariñoso, en especial a mí me parece que quería mucho al niño Rafael; que él atendió los gastos de sostenimiento (alimentación, vestuario, educación) "puesto que era el jefe del hogar"; y que aun cuando nunca vio que Rafael le entregara dineros a Amelia o a los hijos, sí cree "que él sufragaba todos los gastos para el sostenimiento de ese hogar, no conocí ni conozco persona alguna que haya dado dinero o llevado a esa casa";

b) Cecilia Pineda de Suárez, quien dice que "hace 40 años más o menos" que conoce a Amelia y a Rafael, quienes vivían con sus hijos (alude a los tres demandantes) "en un barrio de San Francisco en Tunja, yo iba con frecuencia, con mis familiares y mi mamá a visitar ese hogar" y por eso, añade la testigo, pude apreciar que Rafael Moreno "siempre presentaba como a sus hijos a Jorge, Hernando y Rafael"; que como Amelia y Rafael "llevaban una vida normal como se lleva en todo hogar decente", pensó que estaban casados y que por eso su sorpresa fue grande cuando supo que no era así. Añade la deponente que más tarde ella se estableció en Bogotá, donde también vivía Amelia que ya estaba separada de Rafael, pero que "éste le daba" para "todos los gastos de esa casa, en varias ocasiones estuve en la oficina de él acompañada de la señora Amelia y él le daba el cheque de su mensualidad, sus gastos de la casa y del hogar". Cuenta además esta testigo que cuando en alguna ocasión el demandante Hernando estuvo hospitalizado en la Clínica Palermo, fue Rafael, el demandado, quien pagó los gastos que causó la enfermedad; que "siempre los presentó como sus hijos", por eso "yo estaba segura de que eran casados"; que como en muchas oportunidades estuvo en casa de ellos, e incluso durmió allí, la declarante agrega en su deposición que "yo me enteré que ellos iban a cine y como le dije antes era un hogar establecido, donde conocí su habitación como en todos los hogares la habitación principal de los esposos y las alcobas de sus hijos". Dice la testigo que ella se vino de Tunja para Bogotá aproximadamente en el año de 1945, pero que desde aquí continuó las relaciones de amistad con Rafael y Amelia;

c) Luz Herminda Díaz de Chaparro, en su declaración jurada, luego de expuesto las razones por las cuales depone sobre los hechos, asevera que conoce a Rafael y Amelia desde el año de 1938 "cuando ellos vivían bajo el mismo techo frente a la Iglesia de San Francisco"; entonces, dice la testigo, "ellos aparecían ante la sociedad como esposos, me consta eso porque yo viví un tiempo en la casa de ellos" en Tunja; que los tres demandantes, para esa época menores de edad, "eran presentados y tenidos como hijos del señor Rafael Moreno Sandoval", quien vivía con ellos y quien además, "proveía al sustento, vestuario, obligación y gastos médi-

cos''; que todo eso le consta por un período de 15 años, pues "yo viví aproximadamente ese tiempo en la casa de ellos''; "él los quería como sus hijos, los consentía sobre todo a Rafael por ser el menor...''.

5. Bastaría el compendio que se ha hecho de los anteriores testimonios para advertir, aún prescindiendo de la prueba documental aportada al proceso, que sí queda suficientemente demostrada con ellos la posesión notoria de hijos naturales que con relación a Rafael Moreno Sandoval invocaron los demandantes, y que, por consiguiente, no existe el error de hecho que en la apreciación de tal prueba el recurrente le encrostra a la sentencia que aquí combate.

Con tanto mayor razón es aceptable la anterior inferencia si se recuerda que, como sin eclipses lo han sostenido al unísono doctrina y jurisprudencia, en el régimen probatorio en la cuestión de investigación de la paternidad natural no puede exigirse un criterio tan severo que llegue a establecer un sistema de tan extremado rigor que haga prácticamente irrealizable su comprobación judicial. Por esto la ponderación de los testimonios que la acreditan tiene que quedar a la cordura, perspicacia y meditación del juzgador, quien tiene que analizarlos con ponderada ecuanimidad de criterio, considerando las circunstancias personales de cada testigo, el medio en que éstos actúan; evaluándolos no uno a uno sino en recíproca compenetración de sus dichos, a fin de determinar hasta donde han de ser pormenorizados los datos que cada testigo aporte, y, en fin, sopesar todos los elementos de juicio que le permitan el conocimiento interior afirmativo o negativo de la filiación deprecada. Y si el juicio que en el punto tome el juzgador de instancia no contradice manifiesta y ostensiblemente lo que la prueba testifical indica, que es justa y precisamente lo que ocurre en el presente caso, tiene que mantenerse inmutable en casación.

6. Como la apreciación que de la prueba hizo el Tribunal *ad quem* para dar por demostrada la presunción de paternidad, consistente en la posesión notoria, ha salido indemne o inmune de los cargos contra ella formulados, la Corte queda relevada del deber de estudiar el análisis probativo que hizo el mismo sentenciador frente a la otra causal alegada, la de relaciones sexuales, pues aun en el supuesto de que los errores denunciados frente a esta apreciación probatoria resultaren demostrados, la sentencia combatida no podría casarse por encontrar apoyo sólido en la causal de posesión notoria, que, por sí sola, es bastante para fundar en ella la declaratoria de paternidad natural.

Se desestima pues este cargo.

IV. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 18 de octubre de 1983, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este proceso ordinario.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Insértese en la *Gaceta Judicial*.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS

HIJO MENOR. "La custodia de los hijos", "La patria potestad" y "La guarda de menores" son tres instituciones diferentes, aunque complementarias. Según la causal de separación de cuerpos demostrada, el Juez aplicará al respecto la norma legal que corresponda, ya que carece de facultad discrecional.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

Bogotá, D. E., 25 de abril de 1985.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia de fecha 9 de octubre de 1984, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia.

I. Antecedentes

1. Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, Isabel Cristina Angel Hoyos, mayor de edad y vecina de ese municipio, citó a su cónyuge Hugo Hernández Patiño, de similares condiciones civiles, para que con su presencia y previos los trámites del proceso abreviado, se decretara la separación indefinida de cuerpos de los precitados cónyuges, se declarara disuelta y en estado de liquidación la sociedad conyugal por ellos formada, se le concediera la guarda y cuidado personal de la hija común Claudia Milena Hernández Angel, con la determinación de la cuota alimentaria a cargo del demandado; se dispusiera la inscripción del fallo respectivo ante el funcionario competente del registro civil; y, finalmente, se le condenara al pago de las costas procesales.

2. Apoyó la actora la antecedente aspiración en los hechos que a continuación se refieren:

a) Las partes contrajeron matrimonio por los ritos católicos el 18 de noviembre de 1978, dentro del cual procrearon una niña de nombre Claudia Milena Hernández Angel;

b) A partir del mes de julio de 1982, el cónyuge demandado abandonó en forma total y absoluta, injustificada y grave, a la cónyuge demandante, toda vez que se ausentó del hogar común, desatendiendo las obligaciones de convivencia, cohabitación y suspendiendo toda ayuda moral y económica, situación que obligó a ésta a refugiarse, junto con la citada menor, en casa de su madre Nelly Hoyos de Angel;

c) En el año siguiente, el demandado prevalido de sus ocasionales encuentros callejeros con la demandante, la hizo blanco de injurias verbales, luego de maltratamientos físicos, cuando el 11 de septiembre la cónyuge al pretender visitar a su menor hija, residente en el apartamento de aquél, "en forma inmisericorde, brutal, absurda" fue golpeada contra las paredes, lanzada por las escaleras, causándole lesiones que la incapacitaron por aproximadamente 20 días.

3. Con la presencia del cónyuge demandado, que no se opuso a la separación de cuerpos reclamada por la demandante, pero sí a los hechos que le sirvieron de sustentación, se tramitó la primera instancia, a la que el citado Tribunal le puso fin mediante la sentencia apelada, que decretó la separación indefinida de cuerpos de los esposos tantas veces citados, no resolvió nada sobre la disolución y liquidación de la sociedad conyugal por cuanto ésta ya fue liquidada; decretó que la guarda de la menor Claudia Milena Hernández Angel queda en cabeza de su abuela paterna Fabiola Patiño de Hernández, conservando sus padres la patria potestad, y debiendo contribuir a los gastos que ocasiona la menor, conforme a sus ingresos; autoriza a la madre Isabel Cristina Angel Hoyos a visitar los fines de semana a su menor hija, llevándola consigo en dichos días y en los períodos vacacionales según lo acuerden los padres, o en su defecto por regulación del Juzgado de Menores; finalmente condenó en costas al demandado.

II. Consideraciones de la Corte

1. El apoderado de la recurrente manifiesta ante la Corte que "recurro contra el numeral 2º de la parte resolutiva en que se decretó 'la guarda de la menor Claudia Milena Hernández Angel queda en cabeza de su abuela paterna Fabiola Patiño de Hernández, conservando sus padres la patria potestad...' ".

Y más adelante agrega: "Es de lógica jurídica que no se puede conferir una *guarda* sobre un menor si ambos progenitores (o uno de ellos) conservan la patria potestad sobre el mismo... La guarda en nuestra legislación la detenta siempre un tercero distinto a los progenitores; sus efectos jurídicos son equivalentes a los de la patria potestad; es una figura diferente al 'cuidado personal', se confiere cuando no hay quien ejerza la patria potestad... Además, implica una contrariedad de orden práctico: Teme mi mandante, y con razón, que esa confusión terminológica y conceptual de la sentencia, conduzca a graves problemas prácticos, como el verse obligada a instaurar luego un prolongado y desalentador proceso de 'rehabilitación' de guarda".

2. Así mismo, recurre contra el numeral 3º del fallo porque "aunque el informe del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que obra al

folio 38 del cuaderno principal reconoce las capacidades de mi mandante, el fallo le limita sus derechos. En efecto, la 'autorización' (sic) del numeral 3º del fallo, implica una limitación de los derechos de una madre que no fue vencida en juicio, sino que al contrario logró demostrar los hechos". Y finalmente anota: "En la práctica este fallo es una victoria pírrica en que la actora queda a merced del cónyuge culpable y de los suegros, pues en casa de ellos queda su niña, viéndose la madre sometida a la voluntad de ellos para poder 'visitar' a su hija".

3. Por su parte, el Agente del Ministerio Público opina que "el numeral 2º de la sentencia apelada debe revocarse en primer lugar porque le asiste razón a la demandante en solicitar para sí la guarda y custodia de su hija menor, a pesar de que según el informe socio-familiar rendido por la investigadora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el hogar de los abuelos paternos encuentra óptimas condiciones para su desarrollo. No se trata en este caso de dónde se encuentra mejor sino de ejercer el derecho que tiene como madre, máxime cuando en el referido informe también se afirma que 'como la madre de la niña está en condiciones de velar por ella, por su educación, brindarle afecto, cuidados y en general la seguridad y la ternura importantes para su desarrollo...' sin que exista razón válida para privarla de este derecho. Obra además en el proceso prueba de que la abuela paterna tuvo que ser requerida por el Juzgado para que no le impidiera a la demandante visitar y estar con la niña los fines de semana. En segundo lugar, debe ser revocado para disponer que la patria potestad sobre la menor la ejercerá únicamente la madre, pues se demostró plenamente el abandono de los deberes del padre por parte del demandado, que legalmente conlleva la pérdida de este derecho. El numeral 3º al prosperar la revocatoria del anterior, también debe ser revocado".

3. Para fundar su decisión consideró el Tribunal de Armenia que "en el presente caso, conforme a la investigación socio-familiar realizada por los funcionarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, podemos concluir que el medio más apto para el desarrollo de la menor, es el hogar formado por los abuelos paternos, lugar donde se encuentra la menor en óptimas condiciones y por ello se dispondrá la guarda de la menor en cabeza de su abuela paterna Fabiola Pariño de Hernández...".

Y tan particular decisión resulta de que el Tribunal de Armenia entiende que el literal a) del ordinal 5º del artículo 423 del Código de Procedimiento Civil, aplicable también a la separación de cuerpos, al establecer que el Juez en la sentencia que decrete el divorcio ha de poner a los hijos menores al cuidado de uno de los cónyuges, o de uno y otro, o de otra persona, atendiendo a su edad, sexo y causa probada del divorcio, quiere decir que el Juez tiene poderes discrecionales para tomar las medidas más convenientes para los hijos menores en vista de la destrucción de la vida familiar que acarrea el divorcio o la separación de cuerpos en su caso.

Y ello es así, agrega, "porque la inmoralidad o ilegalidad de los hechos que constituyen algunas causales, inducen a desconfianza sobre las capacidades morales del cónyuge culpable. Se tiene entonces más fe en las

gestiones de cuidado personal que puede ejercer el cónyuge inocente a favor de sus hijos".

4. Mas al decidir así, *el Tribunal de Armenia invierte el orden natural de las cosas, deja de lado textos legales que no le permiten obrar sino en un determinado sentido y destruye toda la lógica que parece imprimirle al razonamiento, pues confunde tres instituciones diferentes aunque complementarias; la custodia de los hijos, la patria potestad y la guarda de menores, para englobar dentro de la última expresión a la primera de ellas, permitiendo así que se pueda afirmar, como lo hace el recurrente, que los efectos de la sentencia sean totalmente equívocos.*

5. *Cuando el literal a) del numeral quinto del ya mencionado artículo 423 del Código de Procedimiento Civil ordena perentoriamente que el Juez que decrete el divorcio o la separación de cuerpos ha de poner a los hijos menores bajo el cuidado de uno de los cónyuges, o de uno y otro, o de otra persona, atendiendo para tomar esta decisión a la edad de los menores, a su sexo y a la causa probada del divorcio o de la separación de cuerpos, se está refiriendo precisamente a que el cuidado personal de la crianza y educación de tales menores que en adelante se verán privados de la presencia conjunta de sus padres, determinado por la disolución del vínculo matrimonial o la suspensión de la vida común de los casados tiene que ser confiado al padre, a la madre, o a un tercero, teniendo en cuenta para ese efecto que si la causa probada del divorcio tiene relación con hechos que signifiquen a su vez inhabilidad moral del respectivo padre o madre para ejercer ese cuidado personal, los hijos han de ser confiados al padre o madre inocente de tales procederes, y si en tales hechos han incurrido ambos padres, tan sólo entonces puede el Juez confiar ese cuidado personal de los hijos menores a un tercero distinto de sus padres. Para comprender mejor esto basta señalar que el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos menores es regulado en el Título XII del Libro Primero del Código Civil, con las modificaciones que a dicho Título aportó el Decreto 2820 de 1974, como un deber de los padres encaminado a garantizar la formación física, moral e intelectual de los hijos y no como un poder, facultad o derecho de uno solo de los padres.*

6. *Por el contrario, la patria potestad no está constituida por deberes de los padres sino por derechos concedidos por la ley para permitirles el cumplimiento de los deberes impuestos en pro de la mejor formación física, moral e intelectual de los hijos y se reduce al derecho de representarles en toda clase de actos jurídicos, judiciales o extrajudiciales, y al poder de administrar y usufructuar con algunas restricciones los bienes propios de los hijos, como resulta de las reglas contenidas en el Título XIV del Libro Primero del Código Civil, y las modificaciones que a las normas contenidas en ese Título ha hecho desde antaño la ley.*

7. *Porque el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos menores es función distinta de los poderes o facultades que configuran la patria potestad, encaminados éstos a que aquella función se cumpla por los padres, es que el literal b) del precitado numeral quinto establecía que en la sentencia el Juez ha de decidir "a quién corresponde la patria potestad sobre los hijos no emancipados, en todos los casos en que la causa probada del divorcio o de la separación de cuerpos determine suspensión*

o pérdida de la misma, o si los hijos deben quedar bajo guarda". El legislador no usó las palabras a su amaño. Se refirió en esta tajante disposición a que si la causa probada del divorcio o de la separación de cuerpos, significa, por sí misma, que el padre o madre culpables de la separación o del divorcio lo hayan sido por hechos que autorizan legalmente para suspender o declarar extinguidos los derechos inherentes a la patria potestad, el Juez ha de decidir en la sentencia a quién corresponde el ejercicio de tales derechos, entendiéndose que por ser ejercida conjuntamente por los padres, será ejercida en adelante exclusivamente por el cónyuge inocente de los procederes que determinaron esa suspensión o extinción. Y si el divorcio o la separación de cuerpos fueron decretados por circunstancias que signifiquen simultáneamente suspensión o pérdida de la patria potestad para ambos padres, tan sólo en este caso puede determinar el Juez que los hijos queden bajo guarda.

8. Por consiguiente, la expresión guarda que consagra este literal, se encuentra en íntima relación y no admite interpretación diferente a la de que se trata entonces, por la suspensión o pérdida de la patria potestad decretada en contra de ambos padres, a la institución de las tutelas y curadurías o curatelas que regula en primer lugar el Título XXII del mismo Libro Primero del Código Civil. Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores, y "generalmente guardadores" dice el segundo inciso del artículo 428 del Código Civil. Cuando la ley se refiere en general a que un hijo quede bajo guarda, y esta disposición proviene precisamente de la suspensión o de la extinción de la patria potestad, no puede haber equívoco que conduzca a pensar que con la expresión guarda se está refiriendo el legislador a nociones diferentes, tales como la custodia de los hijos por parte de los mismos cónyuges o atribuida a terceras personas. Tan claro es este punto que conforme a lo dispuesto por los artículos 428 y 438 del mismo Título XXII, no se puede dar guardador general a quienes se encuentran sujetos a la patria potestad.

9. Las previsiones especiales de los literales mencionados que regulan hipótesis distintas pero complementarias, no son otra cosa que confirmación en materia procedimental de la regla sustancial expuesta en el artículo 161 del Código Civil, tal como fue modificada por el 11 de la Ley 1ª de 1976, según la cual "sin perjuicio de lo que disponga el Juez en la sentencia respecto de la custodia y ejercicio de la patria potestad, los efectos del divorcio en cuanto a los hijos comunes de los divorciados se regularán por las disposiciones contenidas en los Títulos XII y XIV del Libro Primero del Código Civil", norma que es aplicable igualmente a los efectos de la separación de cuerpos en conformidad con el artículo 168 de la misma obra. Es que, salvo que la sentencia que decrete el divorcio del matrimonio civil o la separación de cuerpos de matrimonios celebrados conforme a la ley civil o según el rito católico, se pronuncie por la comprobación de hechos significativos de inhabilidad moral o de abandono de los deberes de los padres, los efectos de la disolución del vínculo matrimonial o de la suspensión de la vida común de los casados no tienen por qué alterar las relaciones paterno y materno filiales. Los hijos continúan siendo, no obstante lo uno o lo otro, hijos comunes de los divorciados o de las personas separadas de cuerpos.

10. Por consiguiente, no sólo confundió el Tribunal de Armenia los términos inequívocos como están redactadas las disposiciones legales que debía acatar en la sentencia, sino que dejó completamente de lado la orden legal de determinar lo tocante con el cuidado personal de su crianza y educación, en atención a la causa probada del divorcio y al sexo y a la edad de la menor. Causa probada de la separación de cuerpos fue, ciertamente, los ultrajes y maltratamientos de obra que el marido infirió a su mujer, aspecto que no tiene relación alguna con el cumplimiento de los deberes que impone la ley al padre y a la madre en relación con los hijos. Por ello el Tribunal negó la suspensión o la pérdida de la patria potestad en contra de cualquiera de los padres y dejó expresa constancia de que tal suspensión o pérdida no podían ser decretadas, pero contraría enseguida toda la lógica de su razonamiento al atribuir el cuidado personal de la menor a la abuela paterna, mediando al respecto la idea de que los poderes del Juez en la materia son discrecionales y además la sentimental consideración, para no calificarlos de manera más severa, de haber opinado el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que aquélla se encontraba en buenas condiciones en la casa de los abuelos paternos. Porque si la madre no incurrió, según la sentencia, en conducta reprochable alguna en relación con su hija menor, no tiene explicación el quitarle el cuidado personal de la menor para atribuírselo precisamente a persona distinta.

11. En los aspectos señalados, esto es, en cuanto a los puntos segundo y tercero de la parte resolutiva de la sentencia, alterar sin razón justificativa el orden natural de las cosas al quitar a la hija menor del lado de su madre para que el cuidado personal de su crianza y educación sea realizado por la abuela paterna, dejando de aplicar las disposiciones legales que le ordenaban tener en cuenta la edad, el sexo y la causa probada de la separación, según las previsiones generales que sobre la materia traen los Títulos XII y XIV del Libro Primero del Código Civil, se impone obviamente la revocación de los numerales pertinentes de la parte resolutiva de la sentencia, tal como lo hará la Corte al decidir estos aspectos consecuenciales.

12. En lo demás, como la sentencia de primera instancia no fue recurrida sino en relación con los puntos antes señalados, no se hará pronunciamiento alguno en esta revisión.

III. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero. Revócanse los numerales segundo y tercero de la parte resolutiva de la sentencia apelada, y en su lugar dispónese que la menor Claudia Milena Hernández Angel queda bajo la custodia y cuidado per-

sonal de su madre Isabel Cristina Angel de Hernández, pudiendo su padre Hugo Hernández Patiño visitarla periódicamente con la frecuencia que acuerde con la madre o que el Juez competente determine, y debiendo contribuir a los gastos que demanda la crianza, educación y establecimiento de aquélla, en proporción a sus recursos.

Segundo. Sin costas ante la prosperidad del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

PATERNIDAD NATURAL

RELACIONES SEXUALES. **La ocurrencia de las relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre demandante tiene que coincidir, aunque sea en parte, con el lapso dentro del cual pudo realizarse la concepción del hijo que pretende su paternidad. No son prueba idónea de tales relaciones las declaraciones de oídas.**

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

Bogotá, D. E., 26 de abril de 1985.

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 7 de septiembre de 1983, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario instaurado por Alberto Muñoz en frente de los herederos de Rubén de Jesús Montoya Santamaría.

I. El litigio

1. Mediante escrito del 13 de mayo de 1982 el citado Alberto Muñoz demandó ante el Juzgado Civil del Circuito de Envigado a María Amelia, María Margarita, Zoila Rosa y José de Jesús Montoya Santamaría, hermanos legítimos todos de Rubén de Jesús Montoya Santamaría, a fin de que se hiciesen por la justicia, previa la tramitación del proceso ordinario de mayor cuantía, los siguientes o similares pronunciamientos:

Que el demandante, hijo natural de Amanda Muñoz, lo es también de Rubén de Jesús Montoya Santamaría; que, como consecuencia, tiene derecho a la herencia de éste, con exclusión de los demandados; que, por lo mismo, se condene a éstos a restituir a aquél los bienes hereditales que cada uno de ellos posee, junto con los frutos civiles y naturales que hubieren producido; y, por último, que se los condene además en las costas procesales.

2. En su demanda el demandante invocó, como constitutivos de la *causa petendi*, los hechos que sustancialmente quedan sintetizados en las siguientes afirmaciones:

Que "en la primera, cuarta parte y sexta" del año de 1942 Amanda Muñoz, que a la sazón era soltera, en forma oculta para sus parientes y relacionados, inició relaciones "amorosas y sexuales" con Rubén de Jesús Montoya Santamaría; que el fruto de tales relaciones fue la procreación de Alberto Muñoz, cuyo nacimiento ocurrió en la ciudad antioqueña de Envigado el 23 de mayo de 1943; que aun cuando Montoya Santamaría no reconoció ante las autoridades al demandante como hijo suyo, sí hacía tal manifestación ante sus familiares y amigos; que el mentado Montoya Santamaría murió en Medellín el 3 de abril de 1981, siendo célibe y sin dejar "asignatarios forzosos, fuera del demandante"; y que dentro del proceso sucesorio correspondiente, adelantado en el mismo juzgado de Envigado, se reconoció como únicos interesados en la mortuoria a los cuatro demandados en su calidad de hermanos legítimos del finado.

En su oportuna contestación a la demanda los demandados se opusieron a las súplicas en ella deducidas; en cuanto a los hechos los negaron, luego de afirmar que "después de 39 años de su concepción el demandante jamás había hablado de la existencia de su presunto padre. Quién sabe aconsejado por quién se vino desde Estados Unidos en donde disfruta de una fortuna considerable a tratar de despojar a cuatro hermanitos pobres que dejó Rubén Montoya de una pequeña herencia".

En esa misma oportunidad los demandados propusieron, como de mérito, la excepción que denominaron "Falta de la legitimación de la causa por activa, pues el demandante no tiene ninguna personería para actuar, pues no es heredero, no tiene la calidad de hijo natural".

4. Replicada en tales términos la demanda, se continuó la ritualidad del proceso que, en su primera instancia, terminó con sentencia de 15 de octubre de 1982, mediante la cual el juzgado del conocimiento, al encontrar probada la presunción de relaciones sexuales invocada, hizo la declaración de paternidad natural deprecada y acogió también la petición de herencia.

5. Contra lo así decidido interpuso apelación la parte demandada, recurso que por virtud de su concesión llevó el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el que, luego de haber rituado la instancia, incluso la apertura y práctica de pruebas oficiosas, dictó su fallo de 7 de septiembre de 1983, por el cual, después de infirmar el apelado, decidió negar las pretensiones del demandante y absolver a los demandados de los cargos que se les endrostraron en la demanda inicial del proceso.

II. Fundamentos de la sentencia de segunda instancia

1.1. Después de relatar los antecedentes del litigio, de compendiar el trámite del proceso y de advertir que no observa impedimento procesal que le impida el pronunciamiento de fallo de mérito, en el preámbulo de sus consideraciones dice el *ad quem* que la pretensión de paternidad natural, es, de las que se agregaron en la demanda, la que delanteramente debe analizar, pues sólo en el evento de su prosperidad procedería a quilatar las demás acciones acumuladas.

Considera el Tribunal que la acción principalmente deducida en su demanda, la apoya el demandante en dos de las presunciones de paternidad natural que consagra el artículo 6º de la Ley 75 de 1968: las relaciones sexuales habidas entre el presunto padre y la madre del demandante, por la época de la concepción de éste; y la posesión notoria del estado de hijo.

2. Relativamente a la primera de las dos presunciones dichas, o sea a la de relaciones sexuales, el Tribunal, con citas doctrinarias y jurisprudenciales, se detiene en el análisis de su naturaleza, efectos y medios de prueba.

Acomete al punto la tarea evaluativa de la prueba testimonial practicada; y luego de referirse a las declaraciones juradas de Alberto de Jesús Santamaría, Misael Toro, Raúl Santamaría, José de Jesús Montoya García, Esther Julia Vélez y Gustavo Uribe, transcribiendo de ellas sus pasos trascendentes, dice el *ad quem* que son ineptas para demostrar las relaciones sexuales alegadas, pues "no se logró demostrar la época en que éstas tuvieron lugar, amén de que al apreciar las circunstancias reseñadas por los declarantes, no afloran los requisitos necesarios para cimentar en ellos, el estado civil reclamado".

3. Desechada pues por él la presunción de relaciones sexuales, entra el Tribunal al análisis de la posesión notoria del estado de hijo, que también invoca el demandante como fundamento de su pretensión.

Precisa que, según jurisprudencia, los elementos integrantes de la posesión notoria de un estado civil son el trato, la fama y el nombre, los cuales, dice, no se dan cita en el presente caso, puesto que, añade, "...si bien es cierto que algunos declarantes expresan que el demandante Alberto Muñoz es hijo del causante Rubén de Jesús Montoya Santamaría, por rumores que en tal sentido han oído del vecindario, y que el señor Montoya en algunas oportunidades, brindó dinero a Amanda Muñoz para que llevase el fruto de sus entrañas a consulta médica, esas versiones, no constituyen 'el conjunto de testimonios fidedignos' que la ley exige, para que la paternidad natural pueda ser declarada por esa causal".

III. El recurso extraordinario

Contra la sentencia que se deja extractada interpuso casación el demandante. De los dos cargos que con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil el recurrente formula contra dicho fallo, la Corte limita su estudio al primero, pues el segundo fue declarado inadmisible por auto de 7 de mayo del pasado año.

Cargo primero.

1. Con éste se acusa el fallo de segundo grado de ser indirectamente violatorio, por inaplicación, de los artículos 1º y 4º, numerales 4 y 5, de la Ley 45 de 1936, 6º y 7º de la Ley 75 de 1968, 1º y 2º del Decreto 1260 de 1970, 1º, 2º, 4º y 9º de la Ley 29 de 1982, y 1321, 1322 y 1323 del Código Civil, como consecuencia del error de hecho evidente en que

habría incurrido el Tribunal en la apreciación de la prueba testimonial que tomó en apoyo de su decisión.

2. En desarrollo del cargo el acusador, luego de recordar que el argumento cardinal del *ad quem* relativamente a la primera de las presunciones de paternidad invocadas, consistió en aseverar que dicha causal "no aparece satisfactoriamente acreditada en los autos, pues no se logró demostrar la época en que éstas tuvieron lugar", dice que "Nada más protuberante que el error de hecho en que incurrió el honorable Tribunal, al no encontrar acreditado, con carácter de plena prueba, las relaciones sexuales que se realizaron entre Rubén de Jesús Montoya Santamaría y Amanda Muñoz, que dieron origen al nacimiento y consiguiente paternidad de Alberto o Alberto de Jesús Muñoz". Añade la censura que el sentenciador *ad quem* "...no sólo desatendió lo expuesto por los mismos acerca de las relaciones sexuales acreditadas, que las acreditaban; sino que también no las contempló en conjunto para apreciarlas debidamente, como lo exige el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil...".

A continuación el impugnante transcribe las declaraciones testimoniales de Jesús Santamaría Santamaría, Misael Toro, José de Jesús Montoya García y Esther Julia Vélez, para decir, fundado en ellas, que sí aparecen acreditadas "plenamente las relaciones sexuales que existieron entre Rubén de Jesús Montoya Santamaría y Amanda Muñoz; que durante ellas, la última resultó embarazada; que así mismo, la Muñoz mientras tuvo tales relaciones no se le conoció otro hombre en semejantes condiciones; y, que el resultado de esa situación fue el niño llamado Alberto".

3. Avanzando en el desenvolvimiento del cargo, afirma el impugnador que las precitadas relaciones sexuales sí están probadas "con claridad meridiana" con la prueba testifical referida, y que "no es posible suponer por qué no vio el Tribunal la prueba de los anotados hechos, incurriendo en un manifiesto error de hecho".

Y añade que "la constatación de las relaciones sexuales de Montoya Santamaría y la Muñoz, viene complementada con el trato personal y social que el presunto padre realizó, durante el embarazo y parto de la última, de lo cual tres testigos citados antes dan cuenta".

IV. Consideraciones de la Corte

1. *Tienen dicho la doctrina y la jurisprudencia, interpretando el alcance del numeral 4 del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, que reiteró lo que al respecto estableció el ordinal 1º de la Ley 45 de 1936, que para que se estructure la presunción de paternidad natural allí consagrada es indispensable comprobar plenamente que las relaciones sexuales, aunque no se sepa con absoluta precisión el día o el mes de su inicio, sí existieron en la época de la concepción del hijo, la cual debe inferir el juzgador tomando por punto de partida para el cómputo de la temporalidad requerida la fecha del nacimiento, tal cual lo preceptúa el artículo 92 del Código Civil. Lo que significa que el tiempo de las relaciones sexuales*

entre el presunto padre y la madre del demandante tiene que coincidir, aunque sea en parte, con el lapso dentro del cual pudo realizarse la concepción del hijo que desprecia su paternidad.

Luego de ponderar los testimonios recibidos, refiriéndose a la causal de relaciones sexuales invocadas por el demandante como fundamento de su pretensión, el Tribunal de Medellín dijo no ser idónea para el pronunciamiento pretendido, pues que dichas relaciones no aparecen satisfactoriamente acreditadas, "*pues no se logró demostrar la época en que éstas tuvieron lugar...*" (subraya la Corte).

Siendo ello así, como en realidad lo es, no vislumbra la Corte la razón que asista al impugnante en casación para acusar la sentencia por no haber encontrado el Tribunal, con los testimonios, "las relaciones sexuales que se realizaron entre Rubén de Jesús Montoya Santamaría y Amanda Muñoz...". Si la conclusión del Tribunal no es que no haya habido relaciones sexuales entre dichos dos sujetos, sino que no está demostrado si dentro de ellas se produjo la concepción del demandante, la censura del recurrente resulta claramente inocua, porque se funda en razonamiento que el Tribunal no tomó como estribo cardinal de su sentencia negativa: como el cargo no converge al fundamento del fallo cae en el vacío.

2. Pero es que, luego de analizada la prueba testifical practicada, ya se consideren las declaraciones separadamente o ya en conjunto, no puede en rigor jurídico deducirse de ella que están plenamente probadas, como lo dice el casacionista, las relaciones sexuales existentes entre Rubén de Jesús Montoya Santamaría y Amanda Muñoz. En efecto:

Bien es cierto, como lo han sostenido al unísono y reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia, que como las relaciones sexuales que autorizan presumir una paternidad natural son casi imposibles de demostrar por percepción directa, en el caso de la prueba de testigos, como aquí ocurre, no es por ello mismo necesario que éstos declaren que han percibido directamente los hechos constitutivos de tales relaciones; pero sí es indispensable, en tal supuesto, que las relaciones versen sobre hechos indicadores de ellas, ocurridas en la época en que pudo tener lugar la concepción del hijo. No será pues prueba idónea de tales relaciones las afirmaciones de testigos que versen sobre hechos a ellos referidos, o sea las declaraciones de oídas, ni menos las que no ubiquen esos supuestos de hecho en una época determinada.

3. Si los declarantes que en este proceso rindieron testimonio no deponen, precisa ni enfáticamente, ni mucho menos sin vacilación sobre las pretensas relaciones carnales entre Montoya Santamaría y la Muñoz, no pueden ellas darse por establecidas judicialmente sin incurrir en error de hecho ostensible. Dice en efecto el testigo Alberto de Jesús Santamaría Santamaría, al punto de las relaciones sexuales sobre las cuales se le interrogó, que "Ellos eran novios, es decir, Rubén Montoya Santamaría y la mamá de Alberto de J. Muñoz eran novios"; que "Ellos eran novios y todas las tardes iba donde ella por la noche y él —Rubén—, nos contaba que él se la había comido cuando estaban viendo unas palomitas o palo-

mitos"; pero agrega que "No decía más sino eso y nosotros no le creíamos porque muchas veces podía ser como charlando...".

Con la misma vaguedad que el anterior, se refiere a las relaciones entre dichos dos sujetos el testigo Misael Toro, quien en su declaración jurada dice, después de afirmar que los conoce directamente, que "Amanda tuvo relaciones con Rubén Montoya como novios en primer lugar, al tiempo de ser novios resultó ella embarazada y dijo que lo que iba a tener, era de Rubén...", José de Jesús Montoya García, al responder la pregunta pertinente que en el interrogatorio se le formuló, expresó:

"Pues justamente yo conocí a Alberto Muñoz desde que estaba en brazos, o sea en la infancia por los amoríos de Rubén de Jesús Montoya y Amanda Muñoz..."; agregó que "Según lo comentó todo el pueblo y las manifestaciones anteriores", Alberto fue el producto de unas relaciones carnales entre Rubén de Jesús y Amanda.

Esther Julia Vélez expresó al punto: "Tengo que manifestar que ellos eran novios, ella, Amanda, como éramos tan amigas, me contó a mí cuando ella fracasó con Rubén cuando eran novios. Rubén era amigo mío y yo de sopera, me metí a preguntarle que si era cierto lo que decía Amanda y entonces él me dijo que sí, que ella iba a tener un hijo de él...".

Nada dicen los testigos Gustavo Uribe y Nohemí Ramírez de Muñoz que permitan inferir las sedicentes relaciones carnales. Afirmó el primero, en efecto, que de "relaciones no puedo decir nada, pero el muchacho Alberto me invitaba a Envigado para que fuera a donde el papá que tenía un almacencito más abajo de la plaza de mercado..."; y la segunda, en referencia a hechos por ella percibidos indirectamente, dice que "Toda la vida he oído decir que ellos eran amantes y que Alberto era hijo de él. Naturalmente que son cosas muy privadas, pero la gente sí comenta de que Alberto era hijo de Rubén, cuando murió Rubén, también se comentaba de que el único hijo que tenía lo era Alberto".

4. La Corte, examinadas las declaraciones de que acaba de hacer mérito, encuentra que la deducción del Tribunal, en lo atinente a las afirmadas por el demandante relaciones sexuales entre Amanda Muñoz y Rubén de Jesús Montoya, sacada negativamente con apoyo en tales testimonios, no es contraevidente con la realidad de los hechos que dichos testimonios exponen. Y consecuencialmente tiene que concluir en que el error de hecho que la censura le endosa a la sentencia combatida no tiene existencia.

Por lo dicho, se desestima el cargo.

V. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de siete de septiem-

bre de mil novecientos ochenta y tres, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario.

Costas del recurso extraordinario a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Guillermo Salamanca Molano, Conjuez.

Inés Galvis de Bonavides
Secretaria.

PATERNIDAD NATURAL

PRUEBA TESTIMONIAL. La severidad extrema en la apreciación de las pruebas en esta clase de procesos haría prácticamente irrealizable la comprobación judicial de la paternidad natural.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

Bogotá, D. E., 27 de abril de 1985.

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 9 de diciembre de 1983, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el proceso ordinario adelantado por Horacio Sánchez contra Guillermo, Adelina, José Angel y Aníbal Rojas, como herederos de José María Rojas Cardona.

ANTECEDENTES

1. Ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, solicitó el demandante que con audiencia de los demandados, se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

a) Que el demandante es hijo natural de José María Rojas Cardona y, como tal, tiene derecho a las tres cuartas partes de la herencia, por lo que en ese sentido "queda reformado el testamento otorgado por el causante José María Rojas Cardona, contenido en la Escritura pública número 416 del día doce (12) de abril de mil novecientos ochenta (1980) de la Notaría Cuarta del Círculo de Pereira";

b) Que se condene a los demandados a restituir al demandante, las "tres cuartas (3/4), partes proindiviso y a prorrata, de los bienes" sucesorales, junto con los frutos civiles y naturales;

c) Que se condene en costas a los demandados.

II. Como hechos fundamentales de sus pretensiones, el demandante refirió los siguientes:

a) Que José María Rojas Cardona convivió con Felisa Sánchez durante los años 1948 y 1949, y sus relaciones sexuales fueron "estables y notorias", fruto de las cuales nació Horacio Sánchez el 6 de septiembre de 1949;

b) Que "una vez nacido Horacio Sánchez, su padre José María Rojas C. lo reconoció como su hijo y en tal condición lo presentó ante sus parientes y amigos, proveyendo a su crianza, educación y brindándole medios de subsistencia y trabajo en las fincas de su propiedad, hasta el momento del fallecimiento", que ocurrió en la ciudad de Pereira, el 7 de diciembre de 1981, sin dejar asignatarios forzosos, salvo el demandante y "otros hijos naturales";

c) Que el 12 de abril de 1980, José María Rojas Cardona, por Escritura pública número 416 de la Notaría Cuarta del Círculo de Pereira, otorgó "testamento abierto", distribuyendo sus bienes entre sus hermanos Guillermo, Adelina, José Angel, Aníbal César Rojas Cardona y Hermelina Rojas, fallecida luego;

d) Que por auto de 10 de marzo de 1981, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira "declaró abierta la sucesión del causante y reconoció como herederos a los demandados";

e) Que el demandante, como hijo natural de José María Rojas C., tiene derecho a "la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras".

III. Los demandados respondieron en el sentido de negar los hechos, de oponerse a las súplicas de la demanda y, por demás, alegaron como medios excepticos los que denominaron de "falta de legitimación en causa pasiva o falta del presupuesto procesal de capacidad para ser parte", e "inexistencia de la obligación".

IV. El juzgado del conocimiento le puso fin a la primera instancia con fallo de 11 de julio de 1983, denegatorio de las súplicas de la demanda. Apelado que fue por el demandante, el segundo grado de jurisdicción terminó con sentencia de 9 de diciembre del mismo año, confirmatoria de la proferida por el *a quo*, por lo que la misma parte interpuso contra ella el recurso extraordinario de casación.

La sentencia del Tribunal y sus motivaciones

De entrada el Tribunal se ocupa de la prueba testimonial aportada por la parte demandante, de la que dice que consiste en los testimonios rendidos por Alfonso Guzmán Alzate, Ana Emperatriz Castro Arenas y Ana de Jesús Naranjo de Franco y, luego de que destaca lo que considera pertinente, dice del primero que "convence poco esta declaración. Su autor se queja de tener mala memoria. Y en efecto, al paso que en el hecho segundo de la demanda se afirma que José María Rojas y Felisa Sánchez convivieron 'durante los años de 1948 y 1949', este señor avanza hasta afirmar que 'convivieron juntos ocho o diez años'. Afirmación a

ultranza que demerita el dicho. Esto, además de la ya anotada contradicción, consistente en que no sabía cómo presentaba José María Rojas a Horacio ante sus amigos y parientes, para luego expresar que el vecindario lo tenía como su hijo". Y de las dos restantes, sostiene que aunque pueden ser un tanto más expresivas que la primera, "también en ellas interviene la imaginación de los autores; v. gr. el pasaje en donde la última declarante afirma que 'Horacio decía que me voy para donde mi papá, que era muy jodido pero a veces muy bueno con él'; a no ser que se trate de parte de lo que los trabajadores contaban".

A continuación el *ad quem* examina otro grupo de declarantes, concretamente los testimonios rendidos por Aníbal Angel Angel, Arcesio Antonio Rengifo, Pedro José Montoya Gómez y Sofía Gómez de Escobar y, fundándose en sus asertos, que consisten en que no le conocieron a José María Rojas Cardona que tuviera relaciones con Felisa Sánchez, ni descendencia en ésta, "hacen que la balanza se incline del lado de la parte demandada", pues los primeros declarantes indicados no dan suficientemente la razón de su dicho, habiendo "en ellos posible confusión entre Felisa Sánchez y la posterior esposa legítima de José María Rojas".

"Dicha prueba —añade el Tribunal—, tampoco acredita la posesión notoria del estado de hijo".

La demanda de casación

Un único cargo, con estribo en la causal primera de casación, formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, el cual hace consistir en quebranto de los artículos 1º, 4º, 6º y 7º de la Ley 45 de 1936, 6º, 9º y 10 de la Ley 75 de 1968, 1321, 1322 y 1323 del Código Civil, 1º y 2º del Decreto 1260 de 1970, por falta de aplicación, a consecuencia de yerros fácticos cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

Comienza la censura, a título de introducción, por señalar que el *ad quem* se dio a la tarea de analizar la prueba testimonial destacando de ella "detalles simplemente circunstanciales, sin ir al fondo. . deteniéndose en la contradicción de contradicciones aparentes... sin tener en cuenta el estrato social de los declarantes" y subestimando la doctrina de la Corte sobre el hecho de que el criterio demasiado severo puede hacer nugatorio el derecho y, conducir al desconocimiento de la Ley 75 de 1968.

En el desenvolvimiento del cargo expresa el censor, fundamentalmente, lo siguiente:

a) Erró de hecho el Tribunal al considerar que los testigos Arcesio Rengifo, Pedro José Montoya, Sofía Gómez, presentados por la parte demandada, son muy dicientes en cuanto que uno de ellos, que fue compañero de farra de José María Rojas, no hubiese sabido de sus relaciones sexuales con Felisa Sánchez, ni de la posible paternidad con respecto al demandante, ni que Sofía Gómez no sepa sobre lo mismo y sobre el dominio del predio donde se alojaban José María y Felisa, siendo que estos declarantes, lo que expresan es que no les llegó a hacer comentarios sobre intimidades, porque en el punto "era retraído", "poco confidente";

b) Erró de hecho el Tribunal cuando afirmó que tampoco con la prueba testimonial se acreditó la posesión notoria del estado de hijo natural reclamado por el demandante, porque con los testimonios rendidos por Alfonso Guzmán, Ana de Jesús Naranjo Franco y Emperatriz Castro, se establecen los presupuestos, pues no se puede examinar con igual medida la manera de expresarse un campesino y la de una persona culta, ni se puede desechar la declaración cuando se incurre en pequeñas contradicciones.

En desarrollo de lo anterior, el recurrente transcribe el dicho de los declarantes mencionados, en donde éstos aluden al conocimiento de José María Rojas, Felisa Sánchez y Horacio Sánchez, el trato de padre que el primero le dio al último y de hijo que éste le dio a aquél, a la crianza, educación, al reconocimiento y manifestaciones que José María les hizo a los declarantes de que Horacio era su hijo, a la duración de ese trato ante ellos y el vecindario.

Luego el censor, apoyado en doctrina de la Corte sobre el punto, dice que no es necesario que los testigos expresen explícitamente que la duración de la posesión fue mayor de cinco años, pues es suficiente que de ellos surjan datos ciertos que permitan llegar, aunque sea por la vía de la inferencia, a la conclusión de que la posesión se prolongó por más del quinquenio.

De lo anterior concluye que la sentencia debe quebrarse.

SE CONSIDERA

1. *Atendiendo los principios renovadores de la Ley 75 de 1968, así como su espíritu, viene declarando la Corte que la disciplina probatoria no llega hasta consagrar o imponer un régimen de tan extremado rigor que haga prácticamente imposible la demostración de las causales que sirven para hacer la declaración judicial de hijo natural y, por ende, inaplicable el mencionado estatuto. No fue esta última la filosofía que inspiró al legislador de 1968, sino por el contrario, hace más viable y eficaz la investigación de la paternidad natural, como quiera que la legislación anterior resultaba un tanto irrealizable y había quedado a la zaga de los avances logrados por legislaciones foráneas y, también, por las necesidades de la sociedad colombiana que reclamaba un estatuto que tutelara más eficazmente los derechos de los hijos extramatrimoniales.*

2. *En este orden de ideas, aún bajo el imperio de la Ley 45 de 1936, sentó la Corte los siguientes derroteros doctrinales:*

a) "Una declaración no puede ser en manera alguna de precisión matemática, estereotipada y precisa en todos sus mínimos detalles. Ello sería contrario a la naturaleza humana, y si tal apreciación objetiva hubiere de exigirse al testigo, ninguna declaración podría ser utilizada por la justicia" (Cas. Civ. de 2 de junio de 1958. LXXXVIII, 121; 21 de febrero de 1964, CVI, 141);

b) "Si el testigo ha de dar la razón de su dicho y si, en principio esta razón ha de ser explícita o sea formalmente referida, no repugna que

ella esté implícita en los términos de la exposición misma, tomada en su conjunto; y si tratándose de una declaración cuyos varios puntos, por razón de la materia, estén íntimamente enlazados entre sí, la razón de una de las respuestas podría encontrarse en la contestación dada a otro de los puntos de la misma exposición. Como lo enseña la doctrina, cuando se trata de la prueba testimonial, no se pueden analizar aisladamente unos pasajes de la declaración, sino que debe serlo en su conjunto para deducir su verdadera significación" (Cas. Civ. de 21 de febrero de 1964, CVI, 149).

3. *En vigencia de la Ley 75 de 1968, la doctrina de la Corte continúa insistiendo en que si el juzgador debe apreciar la prueba en razón de la importancia de la materia, con ponderación y buen juicio, también debe tener en cuenta no utilizar en tal labor un criterio demasiado severo que impida la aplicación de la mencionada ley.*

Sobre el punto ha dicho la Corte:

En relación con la causal por posesión notoria:

"Y como la posesión notoria del estado de hijo natural es en muchas ocasiones el medio único que tienen los interesados para demostrar la paternidad demandada, la jurisprudencia de la Corte ha enseñado que no puede extremarse el rigor para analizar las pruebas aportadas para acreditarla, siempre que del conjunto de ellas emerja diáfanamente, se establezca de un modo irrefragable, que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre a virtud de aquel tratamiento. No es jurídico exigir que cada uno de los testigos se refieran siempre a actos posesorios que hayan durado por más de 5 años, pues en el punto, basta que sumados los períodos menores a que aquellas hagan relación, en total comprenda un lapso de 5 años continuos por lo menos. Tampoco se exige que los testigos fidedignos expresen, explícitamente, que la duración de la posesión fue mayor de 5 años, pues es suficiente que de ellos emerjan datos ciertos que permitan llegar, aunque sea por la vía de la inferencia, a la conclusión de que la posesión se prolongó por el quinquenio. Del mismo modo, no se requiere, en todos los casos que la prueba demuestre que el demandado ha atendido a la subsistencia, a la educación y al establecimiento del hijo, pues es claro que, por ejemplo, al cumplir 5 años de edad el hijo que desde su nacimiento ha sido asistido por su padre, puede ejercitar la acción de investigación con apoyo en la existencia de hechos constitutivos de posesión notoria, aunque aún no se haya iniciado su etapa escolar y menos la de su establecimiento. Basta en el particular que el padre, según las circunstancias, no haya eludido la satisfacción de esos primordiales deberes y, antes bien, los haya prestado en la medida de sus fuerzas y dentro de las condiciones especiales que cada caso puede ostentar, de tal manera que sirvan para fundar en el ánimo del fallador la convicción sólida, como lo ha dicho la Corte, de que el vínculo unitivo de tales personas no puede ser otro que el de la paternidad o la filiación. Y sobre la notoriedad de la posesión, la doctrina jurisprudencial tiene sentado que 'basta que los

hechos se exterioricen ante un conjunto de personas por signos inequívocos, para que la filiación, por dejar de ser oculta, se haga notoria y próspera la inferencia de que así como ese grupo de personas tuvo al demandante como hijo de tal padre, no había secreto para todo el vecindario, aunque otros no se preocuparen de averiguarlo o de saberlo, o prefirieran ignorar todas esas cosas'" (Cas. Civ. de 26 de septiembre de 1973, CXLVII, 77 y 78; 28 de septiembre de 1976, aún no publicada).

4. *Por otra parte, es explicable que por el lapso de tiempo transcurrido entre la fecha de la declaración y la ocurrencia de los hechos narrados, así como la impreparación de la mayoría de los testigos, sus declaraciones no se encuentren revestidas de una absoluta precisión y de la más pura diafanidad y coordinación. Hay que tener en cuenta, como lo observan los estudiosos del derecho probatorio en materia de testimonios, entre ellos Wigmore y Gorphe, que por un error de detalle se pueda deducir de tal situación que el testigo también se equivocó en los otros hechos narrados. Por ello, cuando el declarante relata episodios acaecidos hace varios años, se debe advertir esta circunstancia, porque lo natural es que incurra en algunas imprecisiones y lo sospechoso es que haga gala de una exagerada memoria y fidelidad en lo narrado.*

5. *Tomando en cuenta los anteriores aspectos, la doctrina de la Corte, cuando las versiones de los testigos no vienen precedidas de la precisión deseable, ha dicho que "no es lo mismo apreciar un testimonio cuyo objeto es el relato de hechos acaecidos recientemente, que otro cuya versión se refiere a sucesos ocurridos hace muchos años; ni se puede tratar con igual medida la forma de narración, la manera de expresarse de un humilde campesino y la de una persona de alta cultura; ni se puede pedir igual precisión para el recuerdo de hechos fundamentales, que para los que son simplemente cosas accidentales; ni se puede desechar la declaración que incurre en pequeñas contradicciones para acatar solamente las que coinciden plenamente como si hubieran sido vertidas en un mismo molde; ni se puede exigir que una persona de exigua cultura refiera los acontecimientos con las mismas palabras que usaría quien goza de fogosidad verbal"* (Cas. Civ. de 14 de julio de 1975; 6 de mayo de 1977; 30 de septiembre de 1977; 3 de octubre de 1980, aún no publicadas).

6. Montado el cargo sobre la base de errores de hecho cometidos por el sentenciador *ad quem* en la apreciación de la prueba testimonial, es pertinente ver lo que dicen los declarantes:

a) Alfonso Guzmán Alzate, de 75 años, refiere que conoció a José María Rojas desde soltero, "por lo menos de 25 a 30 años", en la vereda "Morelia" y a Felisa Sánchez "desde antes de tener este muchacho Horacio Sánchez", a quien también conoce "desde su nacimiento en la vereda 'La Siria', el muchacho lo crió José María Rojas y le dio estudio, no sé qué tiempo estudió, pero lo conocí estudiando, pero el poco estudio que le dio el papá José María Rojas y sé que Horacio es hijo de José María porque él se juntó a vivir con Felisa y por la vecindad que teníamos"; que Felisa y José María "convivieron juntos 8 o 10 años", pero no recuerda "en qué años porque tengo mala memoria"; que Horacio Sánchez estudió "en Tres Puertas y también en la escuela de Morelia", pero no tiene idea si fue la madre de éste o José María quien lo matriculó;

que es cierto que Horacio nació cuando José María convivía con Felisa Sánchez; que se enteró del nacimiento de Horacio, pero no recuerda la fecha en que ocurrió; que José María crió y educó a Horacio "hasta donde pudo, lo que hace uno con un hijo; cuando creció el muchacho salía de la casa y volvía y siempre estaba pendiente del papá hasta que murió"; que no tiene idea de cómo se trataban José María y Horacio en la casa, pues es muy difícil "el trato de ellos allá, ellos en la casa y uno en la de uno, la casa mía estaba a cuadra y media de la de él y después se fue a vivir de una finca a la otra que fue donde murió"; que el vecindario tenía a Horacio como hijo de José María Rojas y Felisa Sánchez, puesto que vivían juntos y "José María lo reconocía como hijo, ya que lo tenía en la finca y cuando salía él lo encargaba de la finca"; que José María Rojas le llegó a comentar que Horacio Sánchez "era su hijo y que él le tocaba criarlo y educarlo, esta manifestación me la hizo cuando el muchacho tenía 10 años"; que José María Rojas tuvo finca en la vereda "La Siria" entre 1940 y 1960 y, en ese período, el declarante vivía en la misma vereda. Al ser contrainterrogado para que explique la contradicción existente en haber afirmado, por una parte, que conoce a José María hace más o menos 25 o 30 años y, por otra que se enteró del nacimiento de Horacio, hecho éste que ocurrió hace 34 años, explica tal situación afirmando que el declarante ha "sido amigo de José María casi toda la vida";

b) Ana Emperatriz Castro Arenas, de 59 años, cuenta que conoce a Horacio Sánchez "desde la edad de 6 meses de nacido" y a los padres también los conoció, pues se llamaban Felisa Sánchez y José María Rojas, como también conoció a los padres de este último, quienes tenían una finca en frente de la casa que habitaba la declarante y con ellos y allí vivía José María; que a la señora Felisa y a Horacio los conoció en una finca de Sofía Gómez, "por allí mismo" y "en esa casita nació Horacio, en el año 49 me parece que nació ese niño", la declarante al ser interrogada por la razón de sus asertos, respondió: "Porque yo conocí a José María Rojas viviendo con la madre de Horacio, en la casita de que hablé ahora, ahí vivían ellos, José María vivía con el papá y a la señora la tenía en la finca de doña Sofía Gómez, digo que la tenía viviendo porque yo no le conocí más señora a José María en ese entonces"; que por esa época José María estaba soltero y "tuvo esos hijos, porque no es Horacio únicamente sino dos niñas más"; que José María estuvo con Felisa muchos años, pero no precisa cuántos ni recuerda la época; que a Horacio lo crió José María y cuando éste murió, aquél se encontraba a su lado; que "lo poquito que tiene de estudio" Horacio, se lo dio José María; que "José María no desamparó a este niño (se refiere a Horacio), porque cuando el muchachito se iba con la mamá, a pasear, regresaba a donde José María; que José María "en muchas ocasiones nos dijo que ese hijo era de él, en presencia de nosotros no negó ese hijo y creo que la madre era la que lo matriculaba en la escuela y José María lo ayudaba con ropa y comida; que José María "lo nombraba mi hijo y Horacio toda la vida le dijo papá", pues nunca escuchó que lo llamara por el nombre, sino por el de "papá"; que a toda la gente le consta que Horacio es hijo de José María y el vecindario lo tenía como tal; que José María no reconoció a Horacio, porque "los viejos antiguos no reconocían los hijos natu-

rales", pero en cambio los hermanos de José María "lo reconocen como sobrino"; que Horacio, "toda la vida, desde chiquito vivió con José María el papá, cuando murió la mamá de Horacio él ya se fue a vivir del todo con el papá. Toda la vida en el vecindario conocen a Horacio como hijo de José María"; que al fallecimiento de José María, Horacio "vivía allá en la finca de Tres Puertas"; que conoce a Horacio y a Felisa hace "por ahí unos 30 años"; que la declarante vivió en la vereda La Siria en la época comprendida entre 1940 y 1960 y, más concretamente "en la inmediación de Nuevo Sol y La Siria"; al ser contrainterrogada sobre el hecho de que conoció a Horacio Sánchez de 6 meses y a Felisa Sánchez y José María Rojas hace 30 años, siendo que el nacimiento del primero ocurrió hace 34, respondió que ella no entiende cómo es eso, pero que hace 30 años que conoce esa familia; que ella sabe que Horacio a la muerte de José María vivía al lado de éste, porque él "vino directamente de esa finca a darnos ese aviso de la muerte de José María y yo estuve en el entierro y a nosotros nos han contado que Horacio vivía allá cuando murió el papá; él mismo nos ha contado que vivía allá";

c) Ana de Jesús Naranjo Franco, de 62 años, declara que ella sabe "del problema de este muchacho (Horacio) y otras dos hermanas son hijos de don José María Rojas Cardona. Yo sé que Horacio Sánchez es hijo de José María Rojas porque él decía que era hijo, y él después se casó con una prima hermana de la mamá de este muchacho. Yo hace 45 años que vivo en ese punto y por eso los he conocido a todos, es decir, a José María, a Horacio y a la mamá de Horacio ya que ellos también han vivido en esos lugares; eso se llama 'La Siria', y por donde yo vivo es por Tres Puertas, que queda cerquita y por eso la mamá de Horacio pasaba por ahí" y porque "nosotros teníamos una tienda y entraba a comprar"; que sabe que Horacio es hijo de José María porque la mamá se los contaba y porque "don José María no negaba que Horacio era hijo natural de él"; que José María entraba a la casa y "decía que ese muchacho era hijo y lo dejaba cuidando su finca y trabajaba mucho con él y como él era muy rabioso a veces lo echaba y él a los dos días, al tiempo, volvía a buscarlo y él lo recibía otra vez"; que la declarante visitó a Felisa "cuando estaba de dieta y don José María estaba allá, y él mantenía en las dos partes, en la casa del papá y en la casa en donde estaba la señora Felisa"; que "desde antes de nacer Horacio yo la conocía a ella (se refiere a Felisa); Horacio nació hace treinta y tres o treinta y cuatro años, me parece a mí"; que Horacio y Felisa eran muy pobres y José María era jornalero; que el embarazo de Felisa "fue por don José María"; que no sabe cuánto tiempo convivieron José María y Felisa; que hubo un tiempo en que José María, junto con su esposa, recogieron a Horacio, "y lo tuvieron en la escuela de Morelia y ya después en la escuela cerquita a la casa de ellos"; que "eso era como por tiempo porque Horacio se iba para Cali para donde las tías"; que Horacio iba donde José María y éste "se alegraba mucho y le decía ...que lo iba a dejar con los trabajadores en la finca y le dejaba allá y él se iba, me enteraba de esto por don José María nos contaba, y los trabajadores de él que nos contaban, él lo trataba como hijo, lo ponía a recoger café, a controlar los trabajadores y a cuidar la finca, él le decía mijo y Horacio lo llamaba papá; a veces amanecía don José María bravo y

echaba a Horacio y cuando llegaba lo recibía muy bien"; que Horacio manifestaba "que me voy para donde mi papá, que era muy jodido pero a veces muy bueno con él"; que Horacio pasaba parte del tiempo en Cali y parte con José María "en tiempo de cosecha y de desyerba"; que todo el vecindario decía que Horacio era hijo de José María y "lo tenían como hijo de él desde que nació"; que le consta que Horacio por un tiempo "estuvo estudiando y en ese tiempo comía y dormía en la finca de José María donde estuvo por tiempos";

d) Los declarantes restantes, sólo se limitan a referir que conocieron a José María Rojas Cardona; que se levantaron con él; que fueron sus amigos y compañeros de estudio; que no le conocieron relaciones de ninguna índole con Felisa Sánchez sino únicamente con la señora propia; que no le conocieron descendencia; que con uno de los declarantes fue muy confidente, pero no le llegó a hacer comentario en el sentido "de que tuviera mujer"; que no le confiaba nada a nadie; que durante el tiempo en que estuvo soltero vivía con los padres en la vereda La Siria; que le conocieron a la señora propia de nombre Ernestina; que era poco conversador y "seriote" y retraído.

7. Con los testimonios rendidos por Alfonso Guzmán Alzate, Ana Emperatriz Castro Arenas y Ana de Jesús Naranjo Franco, que el Tribunal no vio en ellos lo que éstos expresan con numerosos detalles y dando la razón de sus dichos, se pone de presente que el demandante Horacio Sánchez, nacido el 6 de septiembre de 1949, es hijo natural de José María Rojas Cardona, pues por un lapso superior a cinco años continuos este último trató a aquél como hijo y proveyó a su subsistencia y educación y, en virtud de este tratamiento sus relacionados, amigos y vecindario lo reputaron como hijo del mencionado José María. Y más notorio aparece el yerro de hecho cometido por el Tribunal al considerar que el desconocimiento por algunos declarantes sobre el hecho de que no se enteraron de que José María hubiera tenido hijos extramatrimoniales, constituyese un hecho fehaciente de que no los tuvo.

8. Ante estas circunstancias, fácil es concluir que el sentenciador de segundo grado cometió el yerro evidente de facto que le achaca el recurrente y, por ende, infringió las normas sustanciales señaladas en el cargo, lo cual impone casar la sentencia recurrida, y pueda así la Corte, en instancia pronunciar la que ha de reemplazarla.

Fallo sustitutivo

1. Al despachar el cargo, como quedó visto, el demandante, con fundamento en la causal por posesión notoria, demostró satisfactoriamente, que es hijo natural de José María Rojas Cardona, ya fallecido.

2. Acreditado por el demandante su estado civil de hijo natural del mencionado José María, por esta circunstancia quedó igualmente establecida la calidad de heredero, con derecho a reclamar su respectiva cuota hereditaria de quienes poseen la herencia, junto con los frutos naturales y civiles, y así mismo con derecho a que se reforme el testamento abierto, en los términos legales, otorgado por su padre según Escritura pública

número 416 de 12 de abril de 1980 de la Notaría Cuarta del Círculo de Pereira.

3. Las excepciones propuestas por los demandados no se abren paso, pues por una parte técnicamente no constituyen medios exceptivos y, por otra, no gozan de ningún respaldo legal y probatorio, como quedó ampliamente demostrado al analizar la Corte el cargo.

RESOLUCIÓN

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia de 9 de diciembre de 1983, pronunciada en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira y, actuando como Tribunal de instancia,

RESUELVE:

1º REVÓCASE la sentencia de 11 de julio de 1983, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira.

2º DECLÁRASE que Horacio Sánchez es hijo natural de José María Rojas Cardona, ya fallecido y, por ende, tiene la calidad de heredero de éste, con derecho a recoger la herencia en la proporción de tres cuartas partes, o sea, la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras.

3º Como consecuencia, dispónese la reforma del testamento otorgado por José María Rojas Cardona y de que da cuenta la Escritura pública 416 de 12 de abril de 1980, de la Notaría Cuarta del Círculo de Pereira, a fin de que Horacio Sánchez recoja la herencia en la proporción de que trata la declaración precedente.

4º CONDÉNASE a los demandados a restituir al demandante las tres cuartas partes de los bienes sucesorales, junto con los frutos civiles y naturales, los que se liquidarán en la forma establecida por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

5º SE RECHAZAN las excepciones propuestas por la parte demandada.

6º COSTAS de ambas instancias de cargo de la parte demandada.

7º SIN COSTAS en el recurso de casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Ranavides
Secretaria.

COMPETENCIA

Determinación de la cuantía para efectos de fijar la competencia funcional.

INCONGRUENCIA

No se da cuando el Juez, por estar legalmente facultado, oficiosamente resuelve sobre cuestiones que van implícitas en la pretensión o excepción que acoja.

REFORMATIO IN PEJUS

Casos excepcionales en que el superior puede modificar la parte no apelada de una decisión jurisdiccional.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

Bogotá, D. E., 13 de mayo de 1985.

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 25 de noviembre de 1982, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por la sociedad "Maichel Limitada" en frente de Ramón Gustavo Urquijo Castro.

I. Antecedentes

1. El 6 de noviembre de 1978, mediante documento privado que en esa fecha suscribieron en Bogotá, se ajustó entre la citada sociedad "Maichel Limitada" y el prenombrado Urquijo Castro el contrato que ellos denominaron "Promesa de Venta" y cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) La primera se comprometió a vender al segundo, y éste a comprar a aquélla, el inmueble número 41-15 y 41-17 de la carrera 21-A de la Urbanización "La Soledad" de esta ciudad de Bogotá, inmueble comprendido dentro de estas alindaciones especiales: "Por el Norte, con el lote número 17 de la citada Urbanización, hoy edificado, pared propia de por medio, lote correspondiente a la manzana doce (12); por el Oriente, con la carrera veintiuna A (21-A), antes carrera veintidós (22); por el Sur, con la casa de Ventura M. Castrillo Rodríguez, pared medianera de por medio; y por el Occidente, pared propia en medio, con el lote número nueve (9), hoy edificado, de la misma manzana doce (12), del plano de la referida Urbanización";

b) Acordaron los contratantes como precio del bien que prometieron compravender la suma de $ 650.000.00, que el prometiente comprador se obligó a pagar así: en esa fecha la suma de $ 75.000.00, "en calidad de arras y como parte del precio estipulado", que la prometiente vendedora declaró recibidos; y el saldo "al ser legalizado el presente contrato, mediante la correspondiente escritura pública registrada";

c) Mediante la cláusula cuarta del pacto, "el prometiente vendedor se compromete a correr la escritura pública de venta a favor del prometiente comprador, en una de las Notarías de este Circuito en el término de quince (15) días, contados desde el día en que el prometiente vendedor entregue al prometiente comprador los paz y salvo personal y de la compañía, acta de autorización de la Junta Directiva y el boletín de nomenclatura, y demás documentos que sean necesarios"; y

d) Se comprometió la entidad "Maichel Limitada" a entregar a Gustavo Urquijo Castro, aunque sin determinar fecha para ello, el inmueble prometido en compraventa, libre de embargos, pleito pendiente, condición resolutoria de dominio y de toda clase de gravámenes.

2. El 18 de diciembre de ese mismo año, encontrándose aún pendiente de ejecución la promesa de compraventa referida, Urquijo Castro, luego de ofrecerle excusas por el incumplimiento involuntario, le dice al Gerente de la sociedad "Maichel Limitada" que para que el Banco Central Hipotecario le entregue el valor de los dineros, "se requiere que usted haga con algún conocido un contrato de promesa de venta ficticio para su pago total". Y en esa misma carta le pidió "el favor se acerque a las oficinas del BCH —Sucursal Restrepo— situado en la calle 17 sur número 18-49, teléfono ... para hablar con el señor Dagoberto Medina C., en compañía mía y de mi padre para finiquitar y aclarar el negocio citado".

II. El litigio

1. Mediante libelo que fue repartido el 27 de abril de 1979 al Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá, la precitada sociedad "Maichel Limitada" demandó al mentado Ramón Gustavo Urquijo Castro a efecto de que, "previos los trámites propios del proceso ordinario de mayor cuantía, indicados en el Título XXI del Código de Procedimiento Civil", se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que el referido contrato, ajustado entre la sociedad demandante y el demandado el 6 de noviembre de 1978, contenido en el documento privado por ellos suscrito en esa fecha, "es un contrato de índole comercial";

b) Que el demandado Urquijo Castro, en su calidad de prometiente comprador, "incumplió el contrato comercial, pactado con arras, que celebró con la sociedad Maichel Limitada";

c) Que, como consecuencia de la anterior declaración, se disponga "que el demandado ha perdido, a favor de la sociedad demandante, la suma de setenta y cinco mil pesos ($ 75.000.00) moneda corriente, que se dio en calidad de arras"; y

d) Que se condene igualmente al demandado a pagar a su demandante las costas procesales que se causen.

2. En apoyo de sus pretensiones la demandante invocó, como hechos sustanciales, todos los que fluyen de los antecedentes relatados.

Agregó que como dicha compañía, al celebrar el pacto, actuó "en desarrollo de su objeto social", el contrato acordado por su representante legal "es de índole comercial"; que la demandante, como prometiente vendedora, cumplió con las obligaciones que para ella generó dicho pacto, pues entregó al demandado, "dentro del término acordado verbalmente por las partes, los documentos relacionados en la cláusula cuarta" y además se allanó a cumplir con su deber de "correr la escritura pública de venta"; que, en cambio, el prometiente comprador no cumplió ni se allanó a cumplir con las obligaciones que para él generó el contrato, pues no canceló la suma estipulada como precio del bien; y que, como lo demuestra la carta del 18 de diciembre de 1978, dirigida por el demandado a la demandante, ante la imposibilidad de cumplir por parte de aquél se propuso a ésta "la celebración de otro contrato, en condiciones diversas, en donde entraría a financiar la operación el Banco Central Hipotecario, previa la elaboración de un contrato de promesa de venta ficticio, propuesta ésta que fue rechazada, en su integridad, por la sociedad".

3. En su oportuna contestación a la demanda el demandado se opuso a la declaración o acogimiento de todas las súplicas del demandante; y en cuanto a los hechos por éste afirmados, los negó totalmente.

Expresó en esta oportunidad que el contrato acordado no es comercial, como lo pretende la sociedad demandante, pues que no fue ajustado "entre personas jurídicas y personas consagradas al comercio y contara con el lleno de los requisitos legales", que se plasmó "en un documento privado, no auténtico"; que la sociedad demandante no cumplió oportunamente con el deber de entregar toda la documentación referida en el contrato, pues el paz y salvo "jamás llegó a poder de mi representado"; y, que, en cuanto "al contrato ficticio, que tanto impresiona al sector, nada tenía de doloso y era apenas la manera, sugerida por el mismo Banco, para eludir la constitución del depósito especial en el Banco Central Hipotecario, por la totalidad del préstamo otorgado, que debía constituir el vendedor, por disposición del Decreto 1269, Art. 12 de 1972".

4. Replicada en tales términos la demanda, con aducción de pruebas por ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 7 de mayo de 1980, mediante la cual desató el litigio así:

a) Declaró absolutamente nulo, por falta del requisito establecido en el ordinal 3º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, el contrato de promesa de venta celebrado por los sujetos de este proceso y plasmado en documento por ellos suscrito en Bogotá el 6 de noviembre de 1978;

b) Dispuso, como consecuencia, que los contratantes quedan exentos de cumplir las obligaciones que de dicho pacto hubieran podido surgir para ellas, ya que las cosas, por virtud de la anulación, deben volver al estado anterior a la celebración del contrato;

c) Condenó a la sociedad demandante, por lo tanto, a entregar al demandado, dentro de los diez días siguientes, la suma de $ 75.000.00, junto con sus intereses a la tasa del 6% anual "desde el día de la presentación de la demanda"; y

d) Finalmente, dispuso que las costas procesales causadas son de cargo "de cada parte y a favor de la otra" en un 50%.

5. Como efecto de la apelación interpuesta contra dicho fallo por el demandado, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, en su sentencia de 25 de noviembre de 1982 confirmó en términos generales la apelada, pero con la siguiente adición: condenó al demandado a restituir a la demandante el bien inmueble objeto del contrato declarado nulo, junto con los frutos naturales y civiles por él producidos "a partir de la notificación de la demanda", e impuso a la demandante el deber de pagar al demandado los gastos invertidos en la producción de los frutos y las expensas en la conservación del bien, condenas que impuso en abstracto y ordenó liquidar por el procedimiento del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil; y, finalmente, condenó al apelante en las costas causadas en la segunda instancia.

III. Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Después de referirse a los antecedentes del litigio y al desarrollo del proceso, capítulo en el cual el sentenciador estima que la pretensión principal deducida en la demanda se contrae a la declaración de que el contrato ajustado entre las partes "es de índole comercial", en el preámbulo de las consideraciones de su fallo observa el juzgador *ad quem* que hay "falta de técnica en la formulación de la demanda, pues no contempla con precisión si se trata de acción tendiente a resolver el contrato de promesa por incumplimiento de obligaciones inherentes al prometiente comprador, o que, hecha definición del convenio como de 'índole comercial', por la misma causa de incumplimiento se condene al demandado a la pérdida de la suma entregada en calidad de arras...".

Considera sin embargo el Tribunal, y así lo expresa en su sentencia, que tal irregularidad "ha debido observarse desde un principio" dando aplicación a las reglas procesales..." y no ahora cuando ya se va a definir la controversia en el fondo.

2. Asentada por él dicha afirmación el Tribunal acomete en seguida el estudio del contrato de promesa de 6 de noviembre de 1978, a través de los requisitos establecidos por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, para concluir, en el punto, que el aquí ajustado por demandante y demandado

"no llena el requisito señalado en el numeral 3º de dicha norma, ó sea que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato".

Explanando su cardinal aserción, luego de definir lo que debe entenderse por plazo dice el sentenciador de segundo grado: el contrato aquí pactado, relativamente al plazo, dice que "la estipulación de que la escritura de compraventa se otorgaría en el término de 15 días, contados desde el día en que el prometiente vendedor entregara al prometiente comprador los documentos mencionados y los demás que sean necesarios", no ofrece "seguridad o certeza de la fecha en la cual se debía celebrar el contrato llamado a perfeccionar la promesa de compraventa", puesto que, dice la sentencia, "la cláusula denota que aunque el prometiente vendedor se obligó a conseguir y entregar al prometiente comprador los documentos necesarios para el otorgamiento de la escritura, existía la contingencia de que se incumpliera lo pactado, eventualidad que constituye un factor de incertidumbre que nos lleva a la conclusión de que existió una condición de carácter indeterminado porque, de llegar a realizarse no era posible saberse al tiempo de la promesa en qué momento o cuándo se produciría ese cumplimiento, para empezar a contar el término de los 15 días".

3. Conclusión de su análisis es entonces, para el Tribunal fallador, la de que el contrato de promesa de compraventa celebrado entre los aquí demandante y demandado el 6 de noviembre de 1978, no produce ninguna obligación pues carece de valor jurídico, por lo que termina, dando aplicación al artículo 2º de la Ley 50 de 1936, declarando la nulidad absoluta de dicho pacto.

Consiguientemente, con apoyo en lo estatuido por el artículo 1746 del Código Civil, dispuso que las cosas tienen que volver al estado anterior, tal cual lo reconoció el Juez de primer grado. Pero que como éste omitió regular todo lo referente a las prestaciones mutuas, se impone reformar la sentencia en el punto, para adicionarla, considerando al poseedor del inmueble como de buena fe.

IV. El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia de segundo grado, cuyo contenido se deja extractado, interpuso casación el demandado. En la respectiva demanda el recurrente formula contra dicho fallo cuatro cargos: el primero fundado en la causal 5ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil; el segundo dentro de la órbita de la primera; el tercero apoyado en la segunda; y el cuarto edificado sobre la causal cuarta de casación. La Corte entra a analizar y despachar estas censuras no en el orden en que vienen propuestos sino en el que corresponde a la lógica de las cosas.

Cargo primero

1. Mediante éste, el recurrente acusa la sentencia de segundo grado de haberse proferido en un proceso viciado de nulidad, por la causal prevista en el numeral 2 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil;

vale decir, por haberse tramitado y decidido el negocio por Juez que carece de competencia para ello.

2. En desarrollo de esta censura dice el impugnador que como en este caso se trata de un negocio de menor cuantía, pues que la única pretensión patrimonial deducida por el demandante tiene un valor de $ 75.000.00, el proceso, según la Ley 22 de 1977 que era la vigente a la sazón en la materia, correspondía a la competencia del Juez Municipal en primera instancia y del Circuito en segunda; que, contrariando lo dispuesto por los artículos 15, 16, 19 y 20 del Código de Procedimiento Civil, el negocio fue tramitado y decidido por un Juez de Circuito, en primera instancia, y por el Tribunal de Bogotá, en segunda, cuando ni éste ni aquél eran competentes al efecto.

Que el hecho de que el demandante haya pedido en su libelo que el negocio se sometiera a los trámites propios del proceso ordinario de mayor cuantía, no relevaba al Juzgado de primer grado para analizar si era o no competente, y para ello ha debido advertir que en la misma demanda el actor solicitó que, como consecuencia del incumplimiento contractual, se declárase al demandado incurso en la pérdida de $ 75.000.00, o sea en el valor de las arras. Y agrega el impugnante que, examinada detenidamente la demanda, "no encontramos ninguna otra pretensión patrimonial o económica, que sirva de cartabón para fijar la cuantía; porque si bien es cierto que se accionó en este proceso con base en el supuesto incumplimiento de un contrato de promesa de compraventa de un inmueble de valor superior a los $ 100.000.00, dicho inmueble en ningún momento se ha incluido en las pretensiones de la demanda...".

3. Considera pues el casacionista, y así lo confirma, que en el presente caso se estructura la nulidad procesal prevista por el numeral 2º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, y que como tal nulidad es insanable, pues se refiere a falta de competencia, que es improrrogable según el artículo 13 *ibidem*, se tiene que hacer su declaración.

Se considera

1. De acuerdo con las normas procesales vigentes en la materia por la época en que se inició este litigio (Ley 22 de 1977), los procesos se clasifican en de mayor, de menor o de mínima cuantía, según tengan un valor que exceda de $ 100.000.00 los primeros, de $ 5.000.00 a $ 100.000.00, los segundos, y hasta $ 5.000.00, inclusive, los últimos.

Y como en la mayoría de los procesos la cuantía es factor determinante de la competencia funcional, esa misma ley de enjuiciamiento civil (Arts. 14, 15 y 16 del C. de P. C), indica que cuando se trate de procesos contenciosos entre particulares corresponden a los Jueces Municipales o de Circuito, según la cuantía: a aquéllos en primera instancia y a éstos en segunda, cuando sean de menor cuantía; tratándose de los de mayor cuantía la competencia corresponde a los Circuitos en primera instancia y a los Tribunales Superiores en segunda.

Por ello, en el caso que aquí se analiza, la demandante, en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 75,3 *ibidem*, conforme al cual en

la demanda debe expresarse "la cuantía, cuando su estimación sea necesaria para determinar la competencia o el trámite", expresó en su demanda: "Se estima la cuantía en la suma de seiscientos cincuenta mil pesos ($ 650.000) moneda corriente, precio fijado para la venta en el contrato base de la acción".

2. *La cuantía, o sea el valor del pleito o la masa valuable del proceso, debe computarse o determinarse teniendo en cuenta todo lo que constituye el objeto de la cuestión que debe decidirse, y solamente eso.*

Por ello el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, entre sus reglas determinantes de la cuantía del proceso, trae las dos siguientes que son relevantes para despachar el cargo que se ha formulado contra la sentencia combatida:

a) Que se debe tener en cuenta el monto económico de las pretensiones deducidas por el demandante, por la época de la demanda; y

b) Que el valor de la pretensión mayor es el determinante de la cuantía cuando el demandante deduce varias pretensiones acumuladas en un solo procedimiento de demanda. Por ende, si en una demanda se ejercitan varias pretensiones, para que ella sea de mayor cuantía sólo se requiere que una de aquéllas pase de $ 100.000.00 (hoy de $ 300.000.00, Ley 2ª de 1984, Art. 51).

3. En el caso de este proceso, como lo reconoce el propio recurrente en casación, la demanda con la cual se inició trae acumuladas las siguientes cuatro pretensiones de la demandante:

a) Que se declare que el contrato celebrado por "Maichel Limitada" y Gustavo Urquijo Castro el 6 de noviembre de 1978, es pacto "de índole comercial";

b) Que se diga que el demandado incumplió ese contrato, pactado con arras;

c) Que, como consecuencia, se lo condene a perder la suma de $ 75.000.00, valor de las arras; y

d) Finalmente, que se impongan al demandado las costas procesales.

De manera que la pretensión del demandante, principalmente deducida en su demanda, consistió en que se determinara por la justicia como de carácter comercial el contrato de promesa de venta que ajustaron demandante y demandado en noviembre de 1978, en el cual se acordó como precio del bien prometido en enajenación la suma de $ 650.000.00. Esta fue justamente la petición cardinal de la demanda; a ella se acumularon, en forma consecuencial, otras dos pretensiones, tendientes a la declaratoria de incumplimiento del pacto por parte del demandado y a la pérdida del valor de las arras, que se estipuló en la suma de $ 75.000.00.

Si, pues, la naturaleza jurídica de un contrato ajustado en cuantía de $ 650.000.00 es la cuestión llevada a la justicia para que sobre ella se haga un pronunciamiento, que, dada la concepción de la demanda, es pretensión subordinante de la referente a la pérdida de $ 75.000.00, la que por ello es subordinada o condicionada, no puede decirse inequívoca y acertadamente que se trata de un negocio de menor cuantía, como lo asevera el

recurrente Es proceso de mayor cuantía y por consiguiente de competencia en primera instancia del Juzgado Civil del Circuito: cuando la demandante determinó y señaló en su demanda el monto total del contrato que allegó como fuente de sus pretensiones, no lo hizo propiamente para indicar el valor del predio prometido en compraventa, sino para determinar la competencia del Juez, y así lo expresó clara y rotundamente en ese escrito.

4. Y sí, luego de considerar la naturaleza jurídica del contrato ajustado entre demandante y demandado el 6 de noviembre de 1978, el Tribunal *ad quem* estimó que por omisión de formalidades propias no puede producir efecto alguno y por ende lo declaró "nulo, de nulidad absoluta", no es posible poner en tela de juicio la competencia de los Jueces que han tramitado el proceso, el cual terminó con sentencia que invalida un contrato de promesa de compraventa sobre un inmueble que vale $ 650.000.00.

Se rechaza pues esta primera censura.

Cargo tercero

1. Con éste se acusa la sentencia del Tribunal, dentro de la órbita de la causal segunda de casación, de no estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda, por lo que, dice el censor, se infringió lo dispuesto por el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

2. Estima el casacionista, al desenvolver este cargo, que la congruencia por él acusada "es evidente, salta a la vista, con sólo leer la demanda y la sentencia". Mientras en la primera se formulan cuatro peticiones, consistentes en la declaración de que el contrato es de índole comercial; que el demandado incumplió las obligaciones que para él generó el pacto; o que, como consecuencia, se lo condene a perder las arras; y finalmente que se le impongan al demandado las costas, en ésta, o sea en la sentencia, "no se tiene en cuenta para nada tales peticiones, ni se pronuncia sobre ellas pues no se declara si el contrato es de índole comercial o no, ni se declara que el demandado incumplió el contrato o si por el contrario cumplió, ni tampoco se le condena a perder las arras.

En remate de esta censura dice el impugnante: "Como en la demanda no se solicitó que el demandado fuera condenado a la devolución del inmueble prometido en venta y en la sentencia del Tribunal se condenó al demandado a esa devolución, se ha incurrido en la causal segunda de casación, por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de la demanda".

Se considera

1. Haciéndose consistir sustancialmente el cargo que aquí se considera en que el Tribunal, al confirmar en el punto la resolución del *a quo*, no decidió ninguna de las súplicas del demandante, cabe advertir delanteramente que el demandado en el proceso carece de interés para impugnar por incongruencia el fallo del *ad quem*. "Es vano el cargo por inconsonancia —ha dicho la Corte— cuando, aunque la sentencia no esté acorde con las pretensiones deducidas por la parte demandante, quien invoca la causal

segunda, por tal motivo no es esta parte sino el demandado, a quien no perjudica esa inconsonancia" (LXXIX, pág. 85).

No se funda este cargo, en verdad, en que la sentencia haya decidido sobre lo no pedido, sino en que no se pronunció sobre ninguna de las pretensiones deducidas por el demandante en su demanda. Y es claro que para que el cargo de incongruencia sea atendible en casación es indispensable que lo formule la parte perjudicada con la disonancia, porque la otra carece de interés jurídico para pedir por dicho motivo la quiebra del fallo impugnado.

2. Pero si la Corte debiera hacer abstracción del razonamiento que precede, al entrar a estudiar el cargo en el fondo tendría que decir que está llamado a la improsperidad, puesto que *al declarar la nulidad del contrato y ordenar las restituciones correspondientes el ad quem procedió oficiosamente y en esta actuación oficiosa no puede configurarse incongruencia.*

Doctrinantes y jurisperitos están de acuerdo, en efecto, en que cuando el Juez oficiosamente resuelve sobre cuestiones, que si bien no han sido pedidas sí van implícitas en la pretensión o excepción que acoge, no hay inconsonancia de la sentencia con la demanda.

Conforme a lo preceptuado por el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, es deber del Juez, cuando halle probados los hechos que constituyen una excepción de fondo, "reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda". Y ello no puede significar cosa diferente de que si el fallador reconoce una excepción no propuesta por el demandado, de las que debe declarar oficiosamente, su sentencia jamás es incongruente, porque en tal caso está cumpliendo un precepto legal que le impone ese preciso comportamiento al fallar.

3. *Al respecto tiene dicho la Corte: "No hay incongruencia entre las peticiones de la demanda y las resoluciones del sentenciador, cuando el Juez, al declarar de oficio una nulidad absoluta y las consiguientes restituciones con fundamento en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, no se atiene a los términos de la relación jurídico-procesal y falla* extra-petita, *excepcionalmente autorizado por la ley en defensa del orden público, con la natural limitación de que la nulidad sea pronunciada con audiencia de quienes celebraron el acto inválido" (LXXIX, 246).*

El cargo resulta pues infundado.

Cargo cuarto

1. Como se dijo antes, el casacionista edifica esta censura en la causal cuarta del artículo 368, citado, pues a su juicio la sentencia de segundo grado es violatoria del principio prohibitivo de la *reformatio in pejus*, consagrado por el artículo 357 de esa codificación.

2. Estima la censura, y este es el argumento cardinal del cargo en estudio, que la sentencia del Tribunal hizo más gravosa la situación del apelante "al condenarlo a restituir el inmueble objeto de la promesa de compraventa, en la parte resolutiva de la sentencia; cuando el sentenciador

de primera instancia deja claramente establecido en la parte motiva de su fallo, que dicho inmueble no se encuentra en poder del demandado".

Considera el casacionista, y así lo asevera en apoyo de su pretensión consistente en que la sentencia impugnada se quiebre, que como en la promesa de contrato, ni en el desarrollo del proceso se habló de la obligación del prometiente vendedor de la obligación de entregar el inmueble al prometiente comprador, queda demostrada "la violación de la norma sustancial, y cómo por tal violación se ha incurrido en la causal cuarta de casación consagrada en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil".

Se considera

1. *En verdad que, en principio, el recurso de apelación se debe entender interpuesto y concedido únicamente en lo perjudicial para el recurrente, por lo que, lógicamente, el poder del juzgador* ad quem *encuentra una primera limitación, consistente en que, por regla general, la providencia impugnada no puede ser reformada en perjuicio del apelante.*

El principio prohibitivo de la reformatio in pejus *consiste, pues, en que el superior que conoce de un proceso por apelación interpuesta por una de las partes contra la providencia que ha sido consentida expresa o tácitamente por la otra, no puede, por regla general, modificarla o enmendarla, haciendo más gravosa para el apelante la situación procesal que para éste ha creado la providencia recurrida.*

2. *Pero la anterior regla procesal no es en verdad absoluta: excepcionalmente puede el superior modificar la parte no apelada de una decisión jurisdiccional, como cuando por la conexidad íntima de esa parte con la apelada se hace indispensable introducir modificaciones íntimamente relacionadas con la que resulta reformada (Art. 357 C. P. C.); o cuando ocurre el sistema de la apelación adhesiva (Art. 353* ibidem*); o cuando, por tratarse en este caso de una materia que siempre requiere examen previo por el superior, se impone por éste la declaración de que la relación procesal no se ha trabado regularmente, por falta de uno o algunos de los presupuestos del proceso y le corresponde, por ello, infirmar la sentencia de mérito apelada para proferir en cambio fallo inhibitorio.*

3. *El carácter relativo del principio de la* "no reformatio in pejus" *a que se ha hecho alusión, se levanta aquí como obstáculo insalvable desde el punto de vista jurídico para darle la razón al recurrente, es decir, para afirmar que si hubo, en la sentencia de segunda instancia, una reformación en perjuicio del único apelante.*

Porque si bien es cierto que la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad absoluta del contrato de promesa de 6 de noviembre de 1978, no condenó expresamente al demandado a restituir el inmueble prometido en compraventa y que en cambio sí lo hizo el juzgador de segundo grado al desatar la apelación del demandado, con la cual aparentemente surge la reformatio in pejus; *no puede olvidarse sin embargo que aquella sentencia genéricamente dispuso, en el ordinal 3º de su parte resolutiva, que "las cosas vuelvan al estado anterior a la celebración del contrato", y que el* ad quem, *al adicionarla con lo referente a prestaciones mutuas, sí*

condenó al demandado a restituir a la demandante "en forma real y material el bien inmueble objeto del contrato nulo", por lo que esa modificación se impuso lógica y jurídicamente para acompasarla a la nulidad absoluta declarada en acatamiento a lo dispuesto por el artículo 1746 del Código Civil.

El cargo resulta pues ineficaz.

Cargo segundo

1. Mediante éste, que el recurrente funda en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria de los artículos 1441 y 1741 del Código Civil, y 2º de la Ley 50 de 1936, estos dos últimos preceptos por aplicación indebida, a causa de los errores de hecho en que habría incurrido el sentenciador al apreciar las pruebas, concretamente el documento contentivo del contrato de promesa de compraventa.

2. Dice el censor, en desenvolvimiento de este cargo, que si en la cláusula 4ª de dicho pacto se estipuló que el prometiente vendedor se comprometió a correr la escritura pública de venta, "en una de las Notarías de este Circuito en el término de quince (15) días, contados desde el día en que el prometiente vendedor entregue al prometiente comprador los paz y salvo personal y de la compañía, acta de autorización de la Junta Directiva y el boletín de nomenclatura y demás documentos que sean necesarios", no puede decirse, como lo hace el *ad quem*, que el contrato de promesa no contiene un plazo o una condición para celebrar el pacto prometido.

Dice el impugnante que "tratándose de un plazo no explícito hay que entender que se trata de un plazo tácito, pues esta clase de plazos tiene existencia jurídica, por mandato legal, definido en el artículo 1551, como 'el indispensable para cumplirlo'; para darle cumplimiento a una obligación; para cumplir la obligación contraída explícitamente en el contrato, o sea, en este caso particular, para entregar los documentos a cuya entrega se comprometió...".

3. Avanzando en la demostración de este cargo, dice el impugnador, luego de analizar el alcance del precitado artículo 1551 del Código Civil, que "en el caso que nos ocupa, encajan exactamente, tanto la disposición como la doctrina citadas, ya que una de las estipulaciones del contrato —cláusula cuarta— contiene suficientes elementos que conducen a determinar ese tiempo indispensable para tal cumplimiento, para entregar los documentos en ella relacionados, para poder ordenar la escritura de venta". Añade que si se trata de paz y salvo la Administración de Hacienda Nacional "lo expide *ipso facto*, si, como es deber de todo ciudadano y en especial de las sociedades comerciales se encuentran a paz y salvo en sus obligaciones para con el Estado. En cuanto al acta de autorización de la Junta Directiva de la sociedad, tratándose como se trata de una sociedad familiar, se podía evacuar en horas, y, en cuanto se refiere al boletín de nomenclatura y paz y salvo predial o catastral, con mucho su expedición podrá retardarse diez (10) días hábiles. De manera que sí existían y existen en el contrato elementos que conducen a determinar ese tiempo para cumplir la obligación".

Estima además el recurrente que también quebrantó el Tribunal el artículo 1741 del Código Civil, lo mismo que el 2º de la Ley 50 de 1936, ambos por aplicación indebida, "pues hubo ratificación del demandante sobre la legalidad del contrato de promesa de compraventa, por cuanto en su demanda pide al Juez que condene al prometiente comprador, porque 'incumplió dicho contrato'", de lo cual hay que inferir que sí hubo un plazo.

Añade la censura, luego de recordar cuáles son las peticiones de la demanda, que para el mismo demandante sí existía "y fue aceptado en esa forma el plazo estipulado por los contratantes porque de lo contrario, no hubiera tenido base legal para pedir la condena por incumplimiento".

4. Rematando la formulación de este cargo, dice el recurrente que es de los hechos de la demanda de donde "aparece más patente que el demandante ha convenido el plazo en sus dos modalidades, la expresa y la tácita, vale decir, en las dos *formas* en que puede ser: *expreso o tácito*, tal cual lo indica el hecho 3º en el que el demandante afirma la existencia "del término acordado verbalmente por las partes".

Que como el Tribunal "no apreció la demanda", en cuanto ella "sanea cualquier irregularidad del contrato de promesa de compraventa", ni en cuanto ella habla de un plazo acordado verbalmente, incurrió en ostensible error de hecho que lo condujo por contragolpe a aplicar indebidamente los artículos 1741 y 2º citados, "con lo cual se incurrió en la causal de casación invocada o sea la 1ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil".

Se considera

1. Observa la Sala, delanteramente, que la pretensión del demandante básicamente deducida en su demanda, y que la sentencia impugnada denegó, consistió en que se declarase que el contrato de 6 de noviembre de 1978, ajustado en esta fecha entre demandante y demandado, es de naturaleza comercial y no civil.

Es decir, que la controversia jurídicamente se apoyó, entre otros, en el artículo 822 del Código de Comercio, según el cual a los negocios de esta naturaleza deben aplicarse "los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modos de extinguirse, anularse o rescindirse", salvo que la ley establezca otra cosa; y en el artículo 861, *ibidem*, según el cual "la promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer. La celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso.

El cargo que aquí se estudia no cita como infringido con la sentencia recurrida ninguno de estos dos textos legales sustanciales, como correspondía hacerlo puesto que, como se ha visto, el demandante planteó el litigio dentro del marco que forma la preceptiva legal de dichas dos disposiciones. Tal omisión anula la censura formulada contra la sentencia.

2. Además del anterior, otro defecto de técnica en su formulación presenta el cargo que aquí se considera, cual es el de no integrar la proposición jurídica completa, que también torna impróspera la acusación.

En efecto. Para tomar la decisión que trae su sentencia el Tribunal de Bogotá consideró no solamente el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, sino además y fundamentalmente el texto del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, en cuanto éste establece que la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, sino en el caso de que en ella concurran las cuatro circunstancias que dicha norma determina, dentro de las cuales está la determinación del plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato prometido, requisito que no encontró en el presente caso y por eso declaró la nulidad absoluta.

Como la demanda de casación, en el cargo que aquí se estudia, se limita a acusar los artículos 1741 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936, pero omite impugnar el artículo 89 de la precitada Ley 153 de 1889, que es la norma jurídica que constituye el fundamento cardinal del fallo impugnado; y como a la Corte le está vedado considerar oficiosamente violaciones no denunciadas por el recurrente, por impedírselo el carácter eminentemente extraordinario del recurso, este cargo en su formulación resulta incompleto y por ende ineficaz. La aplicación en el fallo del texto legal últimamente referido, por falta absoluta de impugnación, sigue amparada en la presunción de acierto y por lo mismo dándole asidero legal a la sentencia.

3. Pero si la Corte, abstracción hecha de las deficiencias de técnica apuntadas, entrara a estudiar el mérito de este cargo, tendría que llegar a la conclusión que el Tribunal no incurrió en error de hecho evidente u ostensible al apreciar el documento contentivo del contrato de promesa de compraventa.

Porque si en tal escrito las partes contratantes estipularon que el prometiente vendedor otorgaría la escritura "...en una de las Notarías de este Circuito en el término de quince (15) días, contados desde el día en que el prometiente vendedor entregue al prometiente comprador los paz y salvo...", pero no indicaron, ni expresa ni implícitamente, cuándo debía hacerse esta entrega, no puede afirmarse inequívocamente que el Tribunal alteró la realidad objetiva de esta prueba cuando dijo que tal estipulación no ofrece "seguridad o certeza de la fecha en la cual se debía celebrar el contrato llamado a perfeccionar la promesa de compraventa".

Por lo demás, como la Corte lo dijo en su sentencia de 5 de julio de 1983, reiterando con ella su jurisprudencia sentada en fallo de 1º de junio de 1965 (*Gaceta Judicial*, T. CXI, 141), "si según el ordinal 3º del precitado artículo 89 de la Ley 153, la promesa de contrato, para su validez, debe contener 'un plazo o condición *que fije la época en que ha de celebrarse el contrato*' (se subraya), bien se comprende que para cumplir tal exigencia no puede acudirse a un plazo indeterminado o a una condición indeterminada, porque ni el uno ni la otra, justamente por su indeterminación, son instrumentos idóneos que sirven para cumplir el fin perseguido, que es el señalamiento o fijación de la época precisa en que ha de celebrarse la convención prometida" (sentencia no publicada aún, proferida en el ordinario de Marco Tulio Valencia Osorio contra Carlos Arturo Montoya Restrepo).

4. Corolario de lo expuesto es el de que este cargo también está destinado a la improsperidad.

V. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 25 de noviembre de 1982, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario.

Costas del recurso a cargo del recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

JURISDICCION DISCIPLINARIA

[Por haber sido imposible conseguir el texto completo de esta sentencia, dada la importancia del tema se publica el extracto literal de ella, tomado de los "Extractos de Jurisprudencia" de la Relatoría de la Sala de Casación Civil].

NATURALEZA JURIDICA DE LAS SANCIONES IMPUESTAS EN SU EJERCICIO. **La sentencia mediante la cual se impone una sanción disciplinaria a un Magistrado no es asimilable a un acto de la administración y, por consiguiente, no es susceptible de control contencioso, ni procede su revocatoria directa.**

Corte Suprema de Justicia

Sala Disciplinaria

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

Bogotá, D. E., 22 de mayo de 1985.

Si bien es verdad que hoy, al amparo del Decreto número 01 de 2 de enero de 1984, por el cual se reformó el Código Contencioso Administrativo y cuya vigencia comenzó el 1º de marzo de dicho año, las sanciones que en ejercicio de la jurisdicción disciplinaria imponga el Tribunal Disciplinario no son objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa, desde luego que el artículo 82, *in fine*, de dicha codificación así lo preceptúa claramente, en el presente caso debe, sin embargo, estudiarse la pretensión deducida por el Magistrado Peñaranda Stegmann, no tanto por cuanto la decisión impugnada no fue proferida por el referido Tribunal sino por la Corte Suprema y fundamentalmente porque la solicitud de revocatoria directa se dedujo el 30 de noviembre de 1983, es decir, antes de la vigencia del sobredicho Decreto 01 de 2 de enero de 1984.

De acuerdo con los principios de hermenéutica esa solicitud debe regirse, entonces, por la legislación pertinente vigente a la sazón, o sea por el Decreto 2733 de 1959, que es el que aquí invoca el peticionante como fundamento jurídico de su pretensión. El artículo 21 de este estatuto

establecía la revocación directa de los *actos administrativos*, por los mismos funcionarios que los hubiesen expedido, o por sus inmediatos superiores, en cualquiera de estos tres actos: por manifiesta oposición con la Constitución o la ley; o por inconformidad con el interés público o social; o cuando con dichos actos se cause agravio injustificado a una persona.

Como lo recuerda el señor Procurador para la Vigilancia Judicial en el concepto que precede, es verdad que en torno a la naturaleza jurídica de la decisión que, en ejercicio de la jurisdicción disciplinaria, impone sanciones, se han esgrimido dos tesis: la una, que dice que tal resolución es un acto administrativo; la otra, que la califica de acto jurisdiccional.

Para esta Sala se torna hoy particularmente importante calificar por su naturaleza jurídica, delanteramente, la sentencia impugnada, es decir la proferida por la Corte Suprema el 18 de octubre de 1982, mediante la cual se impuso la sanción disciplinaria aquí combatida. Porque si a tal decisión se le asimila a los actos que produce la administración por la vía gubernativa, siendo por tanto susceptible de control contencioso, el recurso de revocación directa interpuesto resulta legalmente procedente y debe por ende decidirse en el fondo; si, en cambio, tal sentencia es acto jurisdiccional, hace tránsito por ello a cosa juzgada y no caben contra él recursos ni acción alguna y menos de control contencioso-administrativo.

En términos generales se ha dicho que el Estado corresponde a la organización que tiene como finalidad suprema asegurar y garantizar la convivencia de un grupo humano. El fin del Estado es el interés colectivo que procura alcanzar al través de la actividad jurídica de los gobernantes, o sea de las funciones que éstos desarrollan: la legislativa, que se traduce en la formulación del derecho objetivo; la ejecutiva, que consiste en la expresión de la voluntad de los gobernantes con el fin de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas subjetivas; y la jurisdiccional, que consiste, esencialmente, en declarar cuál es, para un caso concreto, la voluntad del legislador expresada en la ley.

Si bien es cierto que el criterio funcional no es por sí solo y aisladamente considerado presupuesto suficiente para calificar un acto como jurisdiccional o administrativo, no por ello puede prescindirse absolutamente de su auxilio en tal propósito, desde luego que con él se sabe qué función ejecuta el gobernante al expedirlo: si la ejecutiva o la jurisdiccional.

Según la doctrina hoy imperante del Derecho Procesal, lo que distingue la función administrativa de la función jurisdiccional del Poder Público es que en ésta hay una sustitución de los particulares por el Estado, quien viene así a hacer actuar las normas jurídicas que éstos no quisieron o no pudieron acatar; el objeto de la jurisdicción lo constituyen los intereses de los particulares, en los cuales el Estado es ajeno y por ello los dirime como Juez independiente. En cambio, en la función administrativa el Estado no sustituye a nadie, sino que obra por su propia cuenta, en procura de satisfacer sus propios intereses y por eso no actúa con el carácter de tercero imparcial.

En la función jurisdiccional el Estado actúa para aplicar a un caso concreto una voluntad predeterminada por el legislador y contenida en una

ley; en la función administrativa, en cambio, el Estado actúa para manifestar unilateralmente su propia voluntad y para hacerle producir efectos jurídicos.

Y aunque doctrinariamente se admite que el Estado ejerce tres funciones distintas, esta idea, que cristalizó Montesquieu en su famosa teoría de la separación de poderes, es hoy un principio más conceptual que jurídico, puesto que la unidad de la soberanía, de la cual son emanación esas funciones, impide hacer una separación rígida entre ellas para adjudicar a cada Rama del Poder una exclusiva función. Dice la Carta Fundamental (Art. 55) que entre las Ramas del Poder Público debe haber colaboración y no contraposición; interdependencia y no independencia. Y si bien la función jurisdiccional la ejerce ordinaria y normalmente la Rama Jurisdiccional, no le es sin embargo en forma excluyente, pues casos hay en que es ejercida por otros funcionarios que no son de la Rama Judicial. Lo que significa que no es dado confundir la Rama Jurisdiccional con la función jurisdiccional, pues ésta tiene un significado y un alcance más amplio que aquélla y por ello el criterio organicista, o sea el del órgano que ejercita la función, no es evidentemente idóneo para distinguir o calificar la naturaleza del acto jurídico.

Como las formas externas de administrar justicia tienen un valor contingente, por lo que sólo pueden determinarse en consideración a una época determinada y en relación con un pueblo también determinado, resulta casi imposible dar una definición absoluta de la jurisdicción. Se entiende ella sin embargo, en su concepción más simplista, como la forma de administrar justicia; como el medio establecido para asegurar o garantizar la actuación o realización del derecho objetivo, de las normas jurídicas cuando el hombre, que es su destinatario primario, no las cumple. Así resulta que la jurisdicción actúa solamente en una verdadera situación de patología, causada por la inobservancia del derecho objetivo, o, para expresar la idea con criterio tautológico, dada por el incumplimiento de los preceptos legales regulativos de la conducta de los particulares.

Doctrinariamente se ha acudido a tres elementos para señalar la esencia del acto jurisdiccional y distinguirlo del administrativo: la forma, la función, el contenido y sus efectos. Veámoslos:

a) *La forma*, porque en la jurisdicción se encuentra la presencia de partes que normalmente son un actor y un demandado; de Jueces, terceros imparciales que subrogan o sustituyen al Estado; y de procedimiento, puesto que ella (la jurisdicción) opera con arreglo a un método de debate y de contradicción.

De ahí se ha dicho que el acto jurisdiccional está integrado por dos elementos, distintos entre sí, pero que a la postre forman un conjunto complejo: 1) La comprobación de si existió o no la lesión de un derecho, de una inobservancia de las normas jurídicas objetivas; y 2) La decisión, que es la aplicación a esos hechos comprobados de la solución que previamente ha dado el legislador. Y si bien es cierto que en algunos casos la administración realiza comprobaciones de hecho y se pronuncia sobre el derecho, no por ello puede decirse que se trata de un acto jurisdiccional, pues lo evidente es que en esos supuestos lo hace como interesada en la actividad

que cumple: de alguna manera actúa la ley, pero no como Juez, imparcialmente, sino en procura de sus propios intereses.

b) *El contenido*, porque éste en la función jurisdiccional consiste en la existencia de un conflicto, controversia o diferendo con relevancia jurídica, que debe ser dirimido mediante una decisión susceptible de adquirir autoridad de cosa juzgada. Porque la cosa juzgada pertenece a la esencia de la jurisdicción: si el acto no adquiere eventualmente cosa juzgada no es jurisdiccional; si un acto adquiere autoridad de cosa juzgada es jurisdiccional. No hay jurisdicción sin autoridad de cosa juzgada.

La jurisdicción requiere que el proceso sea temporario, que no se perpetúe en el tiempo, pues la seguridad jurídica exige que las relaciones de los asociados no permanezcan en la incertidumbre. La sentencia, que es el fin normal del proceso, corresponde a la aplicación por el Juez al caso concreto de una voluntad predeterminada por el legislador, y por ello, como acto jurisdiccional, no puede ser discutida, ni modificada por el mismo Juez o por otros, en el mismo proceso en que se ha proferido o en proceso diferente. Que es lo que no pasa en el acto administrativo pues en éste, por ser la manifestación de la voluntad unilateral del gobernante, puede ser modificado por el mismo funcionario o por otro, en el mismo proceso o en proceso diferente, cuando las necesidades del buen servicio público lo requieran.

c) *La función*, porque en ella, abstracción hecha del órgano que ejercita los actos, se actúa para cumplir un cometido específico, cual es asegurar la justicia, la paz social y demás valores jurídicos, mediante la aplicación, eventualmente coercible, del derecho objetivo a un caso concreto.

Aplicando los anteriores principios doctrinarios al caso presente, a esta Sala Disciplinaria no le queda duda alguna de que la sentencia proferida por la Corte el 18 de octubre de 1982, sancionatoria disciplinariamente de la conducta de un Magistrado, es acto eminentemente jurisdiccional y no administrativo. Y que como tal debe analizarse y gobernarse de acuerdo con los principios del Derecho Procesal y no según los del Derecho Administrativo.

El diferendo o conflicto surgido entre el Estado y el Magistrado acusado, quien incumplió las normas que regulaban su conducta como funcionario judicial, luego del trámite de un procedimiento establecido legalmente al efecto, fue desatado por la Corte, como organismo ajeno a dicho conflicto y por tanto como Juez imparcial, con una sentencia en la cual aplicó al caso concreto la solución hipotetizada por el legislador. Luego esa sentencia, como acto jurisdiccional por antonomasia, tiene que ser no sólo obligatoria sino definitiva: obliga a quienes fueron parte en el proceso en que se dictó; y, además, tiene que gozar de definitividad para que se impida su revisión o modificación. Tiene que quedar amparada por la intangibilidad de la cosa juzgada y por lo mismo al margen de toda impugnación.

Corolario obligado de todo lo expuesto es, entonces, el de que la revocación directa solicitada para un acto jurisdiccional, como lo es la sentencia memorada, resulta legalmente improcedente.

PATERNIDAD NATURAL Y PETICION DE HERENCIA

Las dos acciones son de distinta naturaleza. Ambas se pueden acumular en la misma demanda, pero la de petición de herencia no puede considerarse implícita en la de filiación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

Bogotá, D. E., 26 de junio de 1985.

Obrando como Tribunal de instancia procede hoy la Corte a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 11 de diciembre de 1981, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira dentro de este proceso ordinario de filiación promovido por Rodrigo Quintero contra los herederos de Teófilo Pulgarín Vásquez.

Practicadas las pruebas decretadas de oficio, es oportuno proferir la sentencia de instancia y a ello procede la Corte teniendo en cuenta los antecedentes y consideraciones que consignará en seguida.

ANTECEDENTES

Esta misma Corporación, en su sentencia de 25 de octubre de 1984 los compendió así:

1. Mediante demanda que correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, Rodrigo Quintero solicitó que frente a Farnesio, Iván, Alfaro, Darlam, Milvida, Roosevelt, Bismark, Gontrán, Alí, Stella y Araselly Pulgarín Grajales, en calidad de herederos de Teófilo Pulgarín Vásquez y la cónyuge sobreviviente Margarita Grajales, lo declárase hijo natural de. causante y ordénase la inscripción al margen del registro civil de nacimiento, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 44 del Decreto 1260 de 1970.

2. Los hechos que el demandante invocó como constitutivos de la *causa petendi* de sus pretensiones se compendian así:

a) Laura Rosa Quintero, soltera entonces, concibió un hijo que nació el 27 de julio de 1941 en la vereda de San Isidro del Municipio de Belalcázar, a quien dio el nombre de Rodrigo;

b) Rodrigo Quintero nació de las relaciones sostenidas por su madre con Teófilo Pulgarín Vásquez ya fallecido, en las condiciones indicadas en el ordinal 4 del artículo 6 de la Ley 75 de 1968;

c) El demandante tiene respecto de su padre, hoy representado por sus herederos, la posesión notoria del estado de hijo natural, pues aquél le dio el trato de hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y el vecindario de su domicilio en general lo ha reputado como hijo natural del fallecido;

d) Antes de su fallecimiento, Teófilo Pulgarín le entregó una finca en Belalcázar para que la explotara, tal como lo afirma el mismo causante en carta dirigida al demandante, la cual presenta como prueba con la demanda;

3. Notificados los demandados en legal forma, en la respuesta al libelo se opusieron a las pretensiones del actor y en cuanto a los hechos dijeron no constarle algunos y negaron categóricamente que el causante fuese el padre natural del actor, pues que ni lo trató como hijo ni proveyó a su subsistencia, ni a su educación. Respecto de la carta presentada con la demanda atribuida al pretendido padre natural, fuera de los términos vagos y confusos, manifestaron que no les consta que la firma del manuscrito provenga de Teófilo Pulgarín Vásquez, razón por la cual manifiestan que rechazan dicho documento carente de autenticidad para los efectos del ordinal 2 del artículo 289 del Código de Procedimiento Civil.

4. Agotada la tramitación correspondiente a la primera instancia, la cual incluyó la práctica de pruebas solicitadas por las partes y formulación de alegaciones, el Juez del conocimiento le puso fin con sentencia de 11 de diciembre de 1981, en la cual declaró a Rodrigo Quintero hijo natural de Teófilo Pulgarín Vásquez, con derecho a heredarlo en la porción legal en concurrencia con los demandados. Además, ordenó oficiar a la Notaría de Belalcázar para que se tome nota de tal decisión y también que se inscribiese la demanda y se tomara también nota de ella en el respectivo proceso sucesorio de Teófilo Pulgarín.

Consideraciones de la Corte

1. En primer término es del caso anotar que como en el caso *sub judice* concurren todas las condiciones de existencia jurídica y de validez formal del proceso, o sean los llamados presupuestos procesales, y como de otra parte, no se observan irregularidades que puedan invalidar el proceso, la sentencia con la cual finalizará la segunda instancia será de fondo al igual que la de primera.

2. En consonancia con los fundamentos de hecho y de derecho constitutivos de la *causa petendi*, la acción ejercitada por Rodrigo Quintero no es otra que la de investigación de la paternidad encaminada al establecimiento de su condición de hijo natural de Teófilo Pulgarín Vásquez, la cual, como se sabe, se halla instituida por la ley para garantizar a las

personas el derecho que tienen a saber quién es su padre y a la vez hacer valer los derechos que les reconoce la ley.

Ha de entenderse, pues, que con arreglo a los hechos consignados en el libelo las declaraciones impetradas tienen como basamento jurídico las causales 4ª y 6ª del artículo 6º de la Ley 75 de 1968 que modificó el 4º de la Ley 45 de 1936.

De conformidad con tales disposiciones habrá de presumirse la paternidad natural y será declarada jurídicamente en los siguientes casos:

4º Cuando entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil, pudo tener lugar la concepción, esto es, entre los ciento ochenta y los trescientos días que antecedieron al nacimiento. Dichas relaciones, agrega la disposición, podrán inferirse del trato personal entre la madre y el presunto padre, apreciado de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad.

6º Cuando se ha acreditado la posesión notoria del estado de hijo.

3. Delimitados así los términos de la controversia, se examinará seguidamente el acervo probatorio incorporado al plenario, como que en el fondo, al decir de *Couture*, los casos de filiación natural vienen a ser problemas de derecho probatorio. "La ley, precisa este autor, no reclama una demostración biológica de la paternidad. Es bien probable que el día en que la ciencia pueda dar a este respecto una contestación afirmativa en lugar de la puramente negativa, que hasta ahora el proceso de filiación se limita a requerir esa prueba en vida del padre y del hijo; pero hasta que esa prueba científica no llegue a nuestro alcance, el proceso de filiación es un proceso de prueba: de prueba de los extremos requeridos por la ley" (*Estudios de Derecho Procesal*, Tomo II, pág. 414).

En este orden de ideas, con el propósito de establecer sus respectivos puntos de vista, cada parte solicitó y obtuvo el decreto de las pruebas que consideró conducentes. La parte actora, a efecto de acreditar la legitimación de los demandados, adujo prueba idónea de su nacimiento, del matrimonio de Teófilo Pulgarín con Margarita Grajales, de la defunción del primero, así como de la apertura de la sucesión y reconocimiento de herederos y la cónyuge sobreviviente, como interesada en los gananciales. Además, copia de la Escritura número 2175 de 31 de agosto de 1982, de la Notaría Tercera de Pereira, por la cual se protocolizó el proceso de sucesión de Teófilo Pulgarín, supuesto padre natural del demandante. De igual modo también los demandados hicieron que se recibieran algunos testimonios.

4. De las dos causales invocadas por el demandante, habrá de analizarse, en primer término, la que se basa en la posesión notoria del estado de hijo natural, la cual, con arreglo a lo que prescriben el artículo 6º de la Ley 45 de 1936 y artículo 6º numerales 6º y 9º de la Ley 75 de 1968, requiere de la concurrencia de los siguientes supuestos: el tratamiento paterno que ha de traducirse precisamente en la provisión al hijo de los medios de subsistencia, educación y establecimiento: la fama que, a virtud del tratamiento, de forma en el ambiente familiar o en el vecindario del

domicilio del presunto padre, y la permanencia de los antedichos factores durante un lapso no inferior a cinco años continuos. Obvio es que los mencionados elementos constitutivos de la posesión notoria del estado de hijo natural, como lo ha precisado la doctrina de la Corte, deben establecerse plenamente en el proceso de modo tal que el juzgador pueda formarse respecto de ellos una convicción irrefragable, o sea la certidumbre de la existencia de los mismos. Tal es lo mandado por el artículo 399 del Código Civil al preceptuar que "la posesión notoria del estado civil se probará con un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable...". No significa este precepto, y así lo tiene también declarado la jurisprudencia, que el único medio admisible sea la prueba testimonial, pues porque si bien es cierto ésta es la más adecuada para establecimiento de una situación social de la índole de la posesión notoria del estado civil, los otros medios autorizados por la tarifa legal, tales como los antecedentes escritos, cartas, instrumentos públicos, presunciones, etc., no quedan excluidos, ya que ellos pueden contribuir a esa certidumbre que debe formarse el fallador.

5. Un examen de conjunto de los testimonios de Vicente Buitrago, Edgar Vallejo Marín, José Darío Agudelo, Gilberto Buitrago, Nelson Ramírez, Carlos Vásquez Rendón, presentados por la parte demandante, permite afirmar: cuando Rodrigo Quintero, el demandante, se hallaba en edad escolar, Teófilo Pulgarín, presunto padre natural, autorizó a Vicente Buitrago Duque para que facilitara a la madre de Rodrigo los gastos para cuadernos en la escuela; el mismo Buitrago le enviaba a Laura Quintero carne por cuenta del presunto padre de Rodrigo y éste, autorizado por Teófilo, reclamaba víveres para la casa en la cual vivía con su señora madre; en varias ocasiones, según lo narran los testigos, Rodrigo buscaba a su padre para saludarlo y éste le daba plata. Cuando ya Rodrigo creció, la casa en donde vivía con su madre fue ampliada y fue precisamente Teófilo Pulgarín quien le suministró la madera y la guadua requeridas para tales efectos, inclusive, precisan, le prestó bestias para el acarreo; así mismo, Teófilo permitió, con protesta inicial de los hijos legítimos, que las bestias que tenía Rodrigo pastasen en su finca. En razón de todos estos hechos, presenciados por los testigos que declararon, aseveran éstos, en la vereda de San Isidro del Municipio de Belalcázar, en donde nació, creció Rodrigo y también Teófilo, existe plena convicción entre los vecinos, inclusive parientes, que Teófilo es el padre de Rodrigo.

De entre estos declarantes, merece destacarse el testimonio de Edgar Vallejo Marín, Notario por algún tiempo de Belalcázar, quien manifestó que enterado por varias personas con quienes se cercioró de la veracidad de los hechos, conversó con Teófilo Pulgarín respecto del reconocimiento de Rodrigo como hijo natural de él y le manifestó que "reconocía a Rodrigo como hijo de él y que le ayudaría y que no olvidaría en el testamento darle o dejarle algo porque sabía que Rodrigo era un muchacho muy trabajador, pobre, que en realidad merecía dejarle algo; él me dijo (preguntó) que qué papeles había de hacer, yo le comenté los papeles que debía presentar para el reconocimiento y en esos días se enfermó y no tuvo tiempo de hacer documentación". Del mismo modo, destácase también lo narrado por el testigo José Darío Agudelo quien, después de sostener que Laura la madre de Rodrigo cuidaba las dietas de la esposa de Teófilo Pulgarín y que en una

de ellas salió embarazada, manifiesta que Teófilo le confesó que Rodrigo era su hijo pero que no le gustaba que su esposa y sus hijos se enteraran; se refiere también el testigo al buen trato que recíprocamente se daban padre e hijo y agrega que en el año de 1968 Rodrigo le envió por su conducto una carta a Teófilo y que éste le remitió con él una de respuesta. Luego al interrogársele por el reconocimiento de la carta presentada con la demanda (fs. 2 C. P.), manifestó el testigo que era la misma que Teófilo había firmado en su presencia y enviado por su conducto al demandante.

Nelson Ramírez Gallego, quien conoció ampliamente a Laura Rosa Quintero y a Teófilo Pulgarín, su pariente cercano, sostiene que en el vecindario nadie dudaba que Rodrigo fuese hijo de Teófilo; sabe que el padre frecuentaba la casa de Rodrigo y que le permitía a éste que echase animales en la finca, con inicial protesta de los otros hijos legítimos; que cuando se les veía juntos era notorio el buen trato que se daban en forma que nadie podía dudar que se trataba de padre e hijo; que con mucha frecuencia vio a Teófilo en la casa de Laura a quien, por constarle personalmente, sabe que le daba discretas ayudas de las cuales no quería que se enterase su familia legítima y sin que a la madre de Rodrigo hubiese conocido otros pretendientes; agrega que entre el padre de Rodrigo y éste existía bastante parecido físico siendo mucho mayor entre Rodrigo y otro de los hijos de Teófilo que se llama Gontrán; relata, además, que enterados los demandados que iba a declarar en este proceso le interrogaron acerca de lo que iba a decir y que él les manifestó que "la verdad" y que les dijo además, que le parecía muy raro porque fuera de ellos todo el mundo sabía que Rodrigo era hijo de Teófilo; que inclusive, les recomendó que arreglaran ese pleito por las buenas.

6. Como sin mayor esfuerzo se infiere de la prueba reseñada, no se remite a duda que Teófilo Pulgarín dio al demandante un trato especial y colaboró para gastos suyos tanto de la escuela como para la subsistencia; desde luego que, como lo destacan los testigos, lo hacía con cierta discreción por temor a la represalia de su familia legítima; esos hechos crearon en el vecindario y aun entre los parientes, la convicción de que Teófilo era el padre natural de Rodrigo, hecho corroborado posteriormente cuando el demandante creció y su presunto padre le colaboró para reformas de la casa y le permitió utilizar los pastos de la finca y aprovecharse de ésta. Naturalmente, ese trato y esa fama se prolongaron por un tiempo muy superior a los cinco años como que los testigos se refieren a hechos sucedidos en la edad escolar y luego siendo ya mayor de edad y aún hasta los últimos días de vida de Teófilo.

La convicción que deja la prueba referida en el sentido de que quedó suficientemente acreditada la posesión notoria del estado de hijo natural del demandante, en las condiciones indicadas por el artículo 9º de la Ley 75 de 1968, no se demerita con la prueba que adujo la parte demandada, consistente en declaraciones de personas que, salvo Libardo Antonio Grajales, se limitan a decir que el demandante no puede ser hijo natural de Teófilo Pulgarín por cuanto éste nunca les manifestó que fuese hijo suyo y por no constarle a ellos que le hubiera dado trato de tal; lo cual, pues, no quiere decir que si a ellos no les constan los hechos ni les hizo tales manifestaciones no las hubiera hecho a otros, lo que en verdad sí ocurrió.

7. Estando suficientemente acreditada la causal de posesión notoria, la cual por sí sola es suficiente para acoger la pretensión declarativa deducida en la demanda, innecesario resulta el estudio de la basada en las relaciones sexuales entre la madre de Rodrigo y el presunto padre de éste por la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción. Con todo, hechos relatados por los testigos, como los de que la madre de Rodrigo fue empleada doméstica en casa de Teófilo, haber salido de allí en estado gravidez, haberle dado un trato especial con posterioridad a ese hecho tanto a la madre como al hijo, son bien significativos y si, en verdad no permiten inferir tales relaciones con fuerza suficiente para apoyar en ellas una declaración de paternidad natural, sí constituyen por lo menos elementos corroborantes de la causal de posesión notoria, como lo ha sostenido en varias oportunidades la jurisprudencia de la Corte. (Cas. 19 de marzo de 1985. Ordinario de Ana Isabel Espinel Gómez contra herederos de Olimpo Urazán).

8. De otra parte, según lo relatado en los antecedentes del litigio, el demandante al concretar sus pretensiones en el *petitum* se limitó a solicitar la declaratoria de que tiene la calidad de hijo natural de Teófilo Pulgarín y que se ordene tomar nota de tal declaración en el registro civil. No obstante, el Juez de instancia en la sentencia que ahora es materia del recurso de apelación, al acoger las súplicas de la demanda, se pronunció en el sentido de declarar: "Que el señor Rodrigo Quintero, nacido el 29 de junio de 1941, es el hijo natural del causante Teófilo Pulgarín Vásquez. En consecuencia, está llamado a heredar en concurrencia con los demás hijos y la cónyuge sobreviviente y en la proporción que le asigna la ley".

Uno de los motivos de inconformidad de la parte apelante con la decisión de primera instancia lo concreta, precisamente, al hecho de que el juzgador fue más allá de lo pedido, pues que en tanto el actor limitó su pretensión a la declaratoria de paternidad natural, el Juez le reconoció también la de petición de herencia.

9. *Ahora bien, la pretensión de filiación natural y la de petición de herencia son por su contenido y naturaleza diferentes. La primera, que es eminentemente declarativa, tiene por objeto el reconocimiento de una calidad o estado civil. La de petición de herencia, que según lo establece el artículo 1321 del Código Civil es la que corresponde a quien prueba su derecho a una herencia ocupada por otra persona en calidad de heredero, para que se le restituyan las cosas hereditarias, es por naturaleza de condena.*

No obstante que la de petición de herencia supone como antecedente lógico el reconocimiento de heredero, dada la conexidad existente y por razones de economía procesal, estas dos pretensiones se pueden, cuando así lo quiera el demandante, acumular en una misma demanda, caso en el cual debe el juzgador decidir en su sentencia sobre la petición de herencia, si encuentra próspera la de estado civil a la que aquélla viene acumulada en la forma de consecuencial. Esto sin embargo, como lo ha dicho la Corte, no permite sostener que la petición de herencia pueda considerarse implícita en la de investigación de la paternidad natural.

Lo que se acaba de expresar constituye doctrina de la Corporación, como lo consignó en sentencia de 8 de febrero de 1974, cuando refiriéndose

al punto dijo lo siguiente: "Y como la acumulación de pretensiones en la misma demanda depende de la exclusiva discreción del actor, nada impide entonces que el hijo natural, por una o por otra razón, prescinda de la petición de herencia si sólo aspira a obtener la declaración correspondiente, o sea definir su estado civil, si no tiene en mientes, ni pretende, ser llamado inmediatamente a la herencia de su presunto padre. En tal supuesto no le es permitido al juzgador pronunciarse sobre la petición de herencia, como tampoco le sería dado decidir el estado civil cuando sólo se aduce por el demandante la acción patrimonial, puesto que en tales eventos esos aspectos no constituyen el objeto de la demanda, que es el linde que al sentenciador le está vedado rebasar.

"Si, pues, se trata de acciones que por su finalidad asumen naturaleza diferente, la una no puede considerarse implícita en el ejercicio de la otra; la aducción de la filiación natural no conlleva necesariamente la pretensión de petición de herencia, y como ésta es completamente independiente de aquélla, para su decisión por el Juez se requiere expresa postulación del demandante". (Gaceta Judicial, *Tomo CXLVIII, pág. 26).*

En el caso de este proceso, como resulta de la verificación del *petitum* y la *causa petendi*, el actor no se refirió en ninguno de los hechos al supuesto derecho de herencia ni tampoco a la ocupación de parte de los herederos del causante, tampoco al concretar las súplicas incluyó tal petición, la cual según lo visto, no puede entenderse implícita en la declarativa de filiación natural. Ni siquiera en los fundamentos de derecho que también integran la *causa petendi*, el demandante invocó la norma del artículo 1321 del Código Civil que la consagra.

En tales condiciones, al confirmar la decisión de primer grado, la Corte revocará la segunda parte del numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia. Igual pronunciamiento hará respecto del numeral 3º, como que en ninguna parte ordena la ley "se inscriba la demanda" y se "tome nota de ella en el respectivo juicio sucesorio", lo cual resulta más improcedente en este caso cuando se sabe que dicho proceso finalizó y se halla protocolizado mediante la Escritura número 2175 de 31 de agosto de 1982 de la Notaría Tercera del Círculo de Pereira.

Dados los resultados del recurso, no se impondrán costas en la segunda instancia (numeral 5º del artículo 392 del C. de P. C.).

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1º Se confirma el ordinal primero de la sentencia apelada, en cuanto declara que Rodrigo Quintero es hijo natural de Teófilo Pulgarín Vásquez. Se revoca en los demás.

2º Se CONFIRMAN los ordinales segundo y cuarto, con la aclaración del segundo para disponer en su lugar que se tome nota de la sentencia en el registro de nacimiento del demandante.

3º REVÓCASE el numeral tercero de la misma sentencia.

4º SIN COSTAS en la apelación.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Bulero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

ACCION DE REPARACION DIRECTA Y CUMPLIMIENTO

La acción para obtener la reparación del daño causado por la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa. Antecedentes en esta materia.

El particular que en cumplimiento de un contrato de adjudicación celebrado para la realización de una obra pública, causa daños a terceros, responde directamente por la culpa en que incurra y de la acción conoce la jurisdicción ordinaria.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

Bogotá, D. E., 11 de julio de 1985.

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 26 de mayo de 1983, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín dentro de este proceso ordinario de Julio Enrique Zuluaga contra "Agregados y Mezclas La Iguana S. A.".

ANTECEDENTES

I. Mediante libelo admitido por el Juzgado Civil del Circuito de Santuario (Antioquia), Julio Enrique Zuluaga solicitó que en sentencia se declare que la sociedad demandada es civilmente responsable de los daños y perjuicios que le fueron causados con ocasión de la apertura de una banca de carretera, cuyo desplazamiento de tierra, por razón del desbordamiento de unas aguas, ocupó permanentemente una zona de tierra de "su propiedad y destrozó unas plantaciones de café, plátano y árboles frutales". Como consecuencia de tal declaración pidió se condene a la demandada a pagarle el valor de todos los perjuicios según el valor que demuestre en el proceso, así como al pago de las costas judiciales.

II. Como constitutivos de la *causa petendi* el demandante expuso los hechos que se compendian así:

1. La empresa "Agregados y Mezclas La Iguana S. A.", sociedad legalmente constituida y con domicilio en Marinilla, según su objeto social, se dedica a la construcción de carreteras, represas en general, canales, pavimentación, afirmado, etc.

2. El Ministerio de Obras Públicas, entre otras obras, le adjudicó la construcción de un tramo de la carretera Medellín-Bogotá, en el sector comprendido entre el Municipio de El Santuario y el paraje "La Piñuela", jurisdicción de Cocorná.

3. El demandante es dueño de una finca situada en el paraje "La Chorrera", jurisdicción de Cocorná "con todas sus mejoras consistentes en plantaciones de café, plátano, árboles frutales, caña de azúcar y potreros", cuya titulación y linderos consigna.

4. A mediados de 1979, la empresa "Agregados y Mezclas La Iguana S. A.", en ejecución del contrato celebrado con el Ministerio de Obras Públicas para la construcción de un tramo de la carretera, "a la altura del paraje denominado La Chorrera, con ocasión de la apertura de una banca de carretera y con maquinaria de su propiedad, produjo un taponamiento de tierra que con las lluvias desvió el río o quebrada Vihao, desde su cauce normal, a una distancia de 300 metros antes de la propiedad 'del demandante', arrazando con ello parte de su propiedad y destruyendo plantaciones de café en producción, plataneras y árboles frutales, dejando, además, completamente inhabilitada para su explotación económica una hectárea de tierra"; y

5. En el mes de agosto de 1979, por petición del demandante, el Juzgado Civil del Circuito de El Santuario, en asocio de peritos, practicó una inspección judicial para constatar la existencia de los perjuicios que le fueron ocasionados, oportunidad en la cual también fueron recibidos algunos testimonios.

III. Enterada la sociedad demandada de las pretensiones del actor se opuso a ellas y al efecto dio respuesta a la demanda, propuso las excepciones previas de falta de jurisdicción, trámite inadecuado y falta de integración del contradictorio; además, con fundamento en el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil solicitó se llamara en garantía al Fondo Vial Nacional, representado por el Ministro de Obras Públicas, pero dada la extemporaneidad de tales medios de resistencia o defensa le fueron desatendidos.

IV. Agotada la tramitación correspondiente a la primera instancia, el Juez del conocimiento le puso término con sentencia inhibitoria, la cual revocó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en virtud del recurso de apelación propuesto por la parte demandante. El Tribunal en su fallo de 26 de mayo del año anterior condenó a la sociedad demandada a pagar al demandante la suma de $ 795.000.00.

Sentencia del Tribunal

Relatados los antecedentes del litigio, el Tribunal empieza por examinar la concurrencia de los presupuestos procesales; concretamente res-

pecto de la falta de jurisdicción que motivó la decisión inhibitoria del Juez *a quo*, por haber considerado que del asunto debía conocer el Consejo de Estado, anota que los argumentos del fallador de instancia serían de recibo si la demanda se hubiera dirigido contra el Fondo Vial Nacional, dependencia del Ministerio de Obras Públicas; pero que como ella se formuló contra una entidad de derecho privado el conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria.

Sentado que se trata de un caso de responsabilidad extracontractual regido por las normas del Código Civil y recordar que según la doctrina y la jurisprudencia sus elementos estructurales son la culpa, el daño y la relación de causalidad entre los primeros, el Tribunal sostiene que el éxito de la pretensión indemnizatoria dependerá de la prueba de tales supuestos. Sin embargo, "a medida que el desarrollo técnico, económico y social fueron creando ciertas condiciones particulares de peligrosidad, como la apertura de carreteras con base en maquinaria, la jurisprudencia, con apoyo en la ley, se vio en la urgente necesidad de insistir en las presunciones de culpa que surgen en contra de quienes se encargan de tales actividades peligrosas (Art. 2356 del C. C.)".

De consiguiente, continúa el Tribunal, "cuando el daño se produce por el ejercicio de una actividad peligrosa, como la apertura de una vía, el empleo de la energía eléctrica, la construcción de edificios, la producción o manipulación de gases y materias inflamables o explosivas, la conducción de vehículos de tracción mecánica terrestres, marítimos o aéreos, etc., hubo la preocupación legislativa de proteger la víctima, mediante presunciones de culpabilidad contra el autor del daño, vale decir, que la persona que lo sufre está relevada de acreditar la existencia de la culpa y será el demandado quien, para liberarse de responsabilidad, el que corre con la carga de demostrar satisfactoriamente una causa eximente, como el caso fortuito, la intervención de un agente extraño, o la culpa de la propia víctima (Art. 2356 del C. C.)".

Luego de extensos comentarios y reproducir pasajes jurisprudenciales de la doctrina de la Corte y de opiniones de los autores en torno a la culpa, hace lo mismo respecto de la fuerza mayor como eximente de responsabilidad.

Precisamente al referirse, el sentenciador a la fuerza mayor y al caso fortuito anota: "Hay muchos hechos de la naturaleza de los expresados en el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 que sustentan por sí mismos los caracteres de lo fortuito y pueden ser obstáculo invencible para el autor del daño. El rayo y el terremoto, por ejemplo, son acontecimientos súbitos que avasallan el poder del hombre. Es difícil escapar a sus efectos aniquiladores y prever el fenómeno. Pero son raros los casos de esta naturaleza que sean siempre y en todo supuesto causas de irresponsabilidad. El naufragio, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad, propuestos por el artículo citado como ejemplos de casos fortuitos, no son siempre y en todo evento causas de irresponsabilidad. Eso depende de las circunstancias y del cuidado que haya puesto el autor del perjuicio para prevenirlos. Si éste, a sabiendas, se embarca en una nave averiada, que zozobra y le hace sucumbir, si temerariamente se expone a la acción de sus ene-

migos o comete faltas que lo coloquen a merced de la autoridad; o no toma las medidas adecuadas que hubieran evitado la inundación de su propiedad sin embargo de que se cumple un acontecimiento por su naturaleza extraño y dominador, no configuraría un caso fortuito liberatorio de responsabilidad. Es que los caracteres esenciales del caso fortuito son la imprevisibilidad y la imposibilidad. De consiguiente, se está bajo el dominio de lo fortuito, cuando el agente se imposibilita totalmente para precaver los efectos posiblemente nocivos de un acto por causas imprevisibles. Cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor".

Descendiendo al caso sometido a su decisión, el Tribunal se detiene en el análisis probatorio para decir que con la "prueba testimonial, inspección judicial, dictamen pericial y levantamiento de croquis, se logró establecer en el debate que, ciertamente, con ocasión de las obras ejecutadas por la empresa demandada en el tramo comprendido entre el Municipio de El Santuario y el paraje La Piñuela del Municipio de Cocorná, correspondiente a la Autopista Medellín-Bogotá, se operó el desvío del cauce normal del río 'El Vihao' hacia la propiedad del demandante, inutilizando una porción de terreno, pues debido al taponamiento de tierra, se desbordó y arrasó plantaciones de café, plataneras y árboles frutales.

"Como si lo anterior fuera poco, agrega, en autos milita la confesión espontánea vertida por la parte demandada al darle réplica al libelo; la cualificación esbozada, en el sentido de que el insuceso tuvo lugar por el hecho irresistible de una tormenta, lo cual es constitutivo de fuerza mayor; ello en forma alguna tiene la calidad de hecho eximente de responsabilidad, dado que es plenamente previsible las consecuencias que podían derivarse del movimiento de tierra por la actividad de las máquinas utilizadas en el sector por la entidad demandada".

Del anterior examen probatorio, el Tribunal saca como conclusión la de que "se encuentran reunidos los supuestos tipificantes de la responsabilidad civil extracontractual en cabeza de la parte demandada y, por ende, debe indemnizar al actor los perjuicios materiales ocasionados con su acción culposa, dada la imprevisión en el desplazamiento de tierra al ejecutar la obra a ella encomendada en el indicado sector de la Autopista Medellín-Bogotá, pues resulta lógico pensar que la apertura de la banca con buldózeres en la parte alta de la quebrada o río 'El Vihao', necesariamente la tierra removida iría a taponar la corriente de agua y a ocasionar una represión, con la consecuente avalancha y la desviación del cauce normal del río hacia la propiedad del demandante".

Establecida en tales términos la responsabilidad de la sociedad demandada y desestimado todo motivo de exoneración, el Tribunal entra a determinar el valor de los perjuicios ocasionados al demandante, para lo cual acoge la tasación hecha por los peritos en la suma de $ 795.000.00, por considerar que tal prueba se ajusta a las previsiones del numeral 6º del artículo 237, en armonía con el 241 del Código de Procedimiento Civil.

RECURSO DE CASACIÓN

Tres cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, el primero de ellos por la causal 5ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y los dos restantes por la 1ª. Se estudiarán en el orden en que vienen propuestos.

Cargo primero.

Lo formula, como ya está dicho, con fundamento en la causal 5ª del artículo 368 del ordenamiento ritual, por considerar que el proceso dentro del cual se dictó la sentencia impugnada adolece de nulidad insubsanable en términos del artículo 152 Nº 1 del mismo Código, por haberse adelantado ante una jurisdicción distinta de la llamada a conocer del asunto.

Al fundamentarlo, expresa el recurrente, si bien es cierto que la jurisdicción es una sola, el legislador atendiendo a diversos criterios la ha distribuido entre diversos organismos y funcionarios, entre los cuales se hallan los que integran la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la que "en principio es la única idónea para juzgar los actos y hechos u operaciones que realice la administración pública e imponer las absoluciones o condenas que sean procedentes".

En el caso *sub judice*, dice, como se desprende del texto mismo de la demanda y las pruebas anticipadas y demás incorporadas al proceso, el actor sabía que los supuestos perjuicios, cuya indemnización demanda fueron ocasionados por la construcción de una obra pública, la cual ejecutaba un establecimiento público descentralizado, adscrito al Ministerio de Obras Públicas denominado Fondo Vial Nacional, creado por la Ley 64 de 1967 y representado por el Ministro de Obras Públicas, como que entre las pruebas solicitadas se halla precisamente el contrato de adjudicación de tal construcción a la demandada. Y sabía también el demandante, por cuanto no se trata de un caso de ocupación permanente de la propiedad privada con una obra pública, que "su reclamación tenía que instrumentarla en contra de la entidad que construía y ejecutaba dicha obra pública, esto es el Fondo Vial Nacional, siendo del todo indiferente y accesorio que la entidad pública para la realización material de la misma comisione su realización en los términos precisos e inapelables que aquélla le fija a una entidad privada, puesto que la obra sigue siendo pública y gobernada por su régimen jurídico especial".

Ampliando su argumentación, precisa el casacionista, el numeral 6º del artículo 6º del Decreto 528 de 1964 por excepción atribuyó a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de "Las controversias que se susciten entre un particular y la Nación, un departamento, un municipio, una intendencia, una comisaría o un establecimiento público descentralizado, por la ocupación permanente de bienes inmuebles con ocasión de trabajos públicos". Por su parte, el artículo 20 del mismo estatuto establece que "La jurisdicción contencioso administrativa está instituida para definir los negocios originados en las decisiones que tome la administración, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades con excepción de los casos contemplados en los numerales 2º y 3º del artículo 73 de la Ley 167 de 1941".

De otro lado, dice más adelante el recurrente, el artículo 30 del mismo Decreto en su numeral 1º literal b), asigna competencia y jurisdicción al Consejo de Estado en única instancia, Sala de lo Contencioso Administrativo, para el conocimiento de las controversias sobre responsabilidad extracontractual de la Administración Nacional o de los establecimientos públicos descentralizados del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea o exceda de $ 300.000.00, según la modificación introducida por la Ley 22 de 1977, y cuando la cuantía es menor, conocerán los Tribunales Administrativos correspondientes pero en primera instancia, en los términos del artículo 32 del Decreto 528 de 1964.

Además, observa finalmente, los artículos 261 a 268 de la Ley 167 de 1941, señalan el procedimiento administrativo especial para obtener la indemnización con ocasión de trabajos públicos, pero siempre que no se refieran a ocupación permanente de inmuebles, como que si de éstos últimos se trata es la justicia ordinaria a quien corresponde según lo puntualizó la Corte en su sentencia de 20 de junio de 1956.

Se considera

Según lo enseña la doctrina procesal, la jurisdicción, entendida como la facultad que corresponde privativamente al Estado para dirimir los conflictos de intereses que se presenten entre los asociados, es función única y por consiguiente indivisible en sentido estricto; dada la naturaleza de las relaciones jurídicas que constituyan su objeto presenta diferentes formas. Justamente, en razón de la índole del acto jurisdiccional o asunto sobre que versa, se la clasifica de conformidad con las distintas ramas del derecho material o sustancial. De allí por qué, entonces, se habla de jurisdicción civil, penal, laboral, contencioso administrativa y, en general, se diga que existen tantas jurisdicciones como ramas independientes del derecho material.

Entre las diferentes clasificaciones que de ella se han hecho se encuentra la que distingue la ordinaria y la especial. La primera, llamada también común, es la que se ejerce sobre la generalidad de los negocios o controversias que no han sido expresamente asignados a otras; y la segunda es la que hace relación a determinados asuntos que por razón de la materia se han adscrito para su conocimiento a jueces especiales.

2. *De conformidad con nuestra actual organización judicial, al lado de la jurisdicción ordinaria o común se halla instituida la jurisdicción contencioso administrativa cuyo objeto, según lo expresa el artículo 82 del Decreto 01 de 1984, lo constituye el juzgamiento de las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas, y de las privadas cuando cumplan funciones públicas.*

3. *Ahora bien, el conocimiento de las acciones tendientes a obtener el resarcimiento de los perjuicios causados por* trabajos públicos *—tipo de responsabilidad con estatuto propio—, se tiene lo siguiente:*

a) *Los artículos 1º y 2º de la Ley 38 de 1918, atribuyeron el conocimiento de tales controversias al Consejo de Estado;*

b) *El ordinal 2º del artículo 34 de la Ley 167 de 1941 asignó al Consejo de Estado el conocimiento de "los indemnizaciones a cargo del Estado por causa de trabajos públicos nacionales". Y en los artículos 261 a 268 del mismo Código señalaron el procedimiento para hacerlas efectivas. Estos últimos artículos fueron declarados inexequibles por la Corte en sentencia de 20 de junio de 1955 (G. J., T. LXXX. Pág. 259), pero sólo en cuanto a las acciones de indemnización de perjuicios causados por trabajos públicos "con ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública", quedando implícitamente exceptuados las relativas a la simple indemnización de daños por trabajos públicos sin ocupación permanente;*

c) *El Decreto 528 de 1964 en el numeral 6º del artículo 6º, atribuyó a la jurisdicción civil competencia para conocer de "las controversias que se susciten entre un particular y la Nación, un departamento, un municipio, una intendencia, una comisaría o un establecimiento público descentralizado, por la ocupación permanente de bienes inmuebles con ocasión de trabajos públicos".*

El mismo estatuto, después de reiterar en el artículo 20 que la jurisdicción contencioso administrativa está instituida para definir los negocios originados en las decisiones que tome la administración, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades...", en sus artículos 30 numeral 1º letra b) y 32 numeral 1º letra d), atribuye al Consejo de Estado y a los Tribunales Administrativos, en única instancia, el conocimiento de las "controversias sobre responsabilidad de la administración nacional o de los establecimientos públicos descentralizados del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho", de acuerdo con la cuantía, que según la modificación introducida por la Ley 22 de 1977, era de trescientos mil pesos o más para el Consejo de Estado.

Esa misma regla en materia de competencia mantuvo la Ley 16 de 1968, cuando en su artículo 8º estableció que los jueces civiles del Circuito conocerán en primera instancia "de las controversias que se susciten entre un particular y la Nación, un departamento, un municipio, una intendencia, una comisaría o un establecimiento público descentralizado, por la ocupación permanente de bienes inmuebles con ocasión de trabajos públicos".

4. *Por lo visto hasta ahora, con motivo de la declaratoria de inexequibilidad parcial de los artículos 261 a 268 de la Ley 167 de 1941, el conocimiento de las acciones tendientes a hacer efectiva la indemnización por trabajos públicos, inicialmente atribuida en forma privativa a la jurisdicción contencioso administrativa, se desdobló en cuanto a los funcionarios competentes para definirlas, así: Si los perjuicios provienen de la ocupación permanente de la propiedad privada o como dicen disposiciones posteriores de "bienes inmuebles" con una obra pública, de ella conocería la justicia ordinaria; pero si sólo se trata de indemnizaciones por* daños u ocupación transitoria *las acciones tienen que hacerse valer ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; sin embargo, con la reforma del Código Contencioso Administrativo hecha mediante el Decreto 01 de 1984, se volvió a unificar.*

En efecto, el artículo 86 del referido Decreto, al reglamentar la acción de reparación directa y cumplimiento, establece que la persona que acredite interés podrá pedir directamente el restablecimiento del derecho, la reparación del daño, el cumplimiento de un deber que la administración elude, o la devolución de lo indebidamente pagado, cuando la causa de la petición sea un hecho, o un acto administrativo para cuya prueba haya grave dificultad. Y agrega en su inciso segundo que "la misma acción tendrá aquel que pretenda se le repare el daño por la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos" *(subrayas fuera del texto). De tales acciones conocen, según lo previenen los artículos 131 numeral 10 y 132 también numeral 10, los Tribunales Administrativos en única o primera instancia, según que la cuantía sea inferior o superior a los dos millones de pesos. Además, en los artículos 217 a 220 del mismo ordenamiento, se reglamenta el procedimiento a seguir en estos eventos.*

En armonía con lo anterior, por la época en que ocurrieron los hechos que motivaron esta demanda, el conocimiento de las acciones derivadas de la ocupación permanente de los "bienes inmuebles" conocía la justicia ordinaria, y de las demás tendientes a obtener indemnización de perjuicios causados con ocasión de trabajos públicos, distintos de la ocupación permanente, la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

5. Ahora bien, en el caso de este proceso, con fundamento en las normas que regulan la responsabilidad extracontractual, el demandante reclama de Agregados y Mezclas La Iguana S. A. la indemnización de los perjuicios que le ocasionó cuando, en cumplimiento del contrato celebrado con el Ministerio de Obras Públicas para ejecutar un tramo de la Autopista Medellín-Bogotá, desplazó cantidades de roca y tierra que vinieron a desviar el río o quebrada "Vihao", arrasando con ello parte de cultivos de su propiedad y destruyendo plantaciones de café en producción, plataneras y árboles frutales.

Como se ve, *no obstante que el daño causado al demandante se produjo con ocasión de la apertura de una carretera, la acción indemnizatoria no se endereció contra el Fondo Vial Nacional, dependencia del Ministerio de Obras Públicas, encargada de la ejecución de la obra, sino contra una sociedad particular con fundamento en la culpa en que incurrió en la operación material por ella realizada. De ahí que la competencia para este caso no está determinada por la naturaleza de la obra ejecutada ni por razón del fuero correspondiente a la entidad beneficiaria, sino por la calidad de autora del hecho generador del perjuicio, que fue, precisamente, lo que tuvo en cuenta el Tribunal para asumir el conocimiento del asunto y revocar la decisión del Juez a quo.*

En tales condiciones, el planteamiento del casacionista en el sentido de que, dado el carácter con que actuó la demandada, el conocimiento corresponde a la jurisdicción especial de lo contencioso administrativo, no resulta de recibo. La circunstancia de que en la demanda se hubiese aludido al contrato de adjudicación, en virtud de cuya ejecución la compañía demandada ocasionó el daño, no quiere decir que la demandante, como tercero que es respecto de tal contrato, se hubiese acogido a sus términos; esa referencia no tiene más significado que relatar un antecedente sin incidencia en el litigio. Más aún, la aseveración del casacionista en el

sentido de que esa estipulación contenida en la cláusula decimocuarta confirma la competencia de esa jurisdicción especial, más que darle la razón refuerza la posición del demandante, pues según dicha cláusula el Ministerio responde del "pago de perjuicios a terceros", pero sólo "cuando estos perjuicios no se deban a culpa del Contratista" y en la demanda se afirma y en el proceso quedó demostrado, que ellos sobrevinieron por el hecho culposo de la sociedad que realizó el movimiento de tierra.

Lo expuesto lleva a concluir que la pretendida nulidad del proceso por corresponder a una jurisdicción distinta no se configura y, de consiguiente, el cargo no prospera.

Cargo segundo.

Con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, denuncia el recurrente violación indirecta por aplicación indebida del artículo 2356 del Código Civil y al mismo tiempo por falta de aplicación del 2347 *ibidem*, a lo cual, dice, se llegó por falta de aplicación de los artículos 174, 176, 177, 179, 180, 187 inciso 2º, 197 y 200 del Código de Procedimiento Civil y también de los artículos 252, 253 y 254, todo a causa de los errores de hecho en que incurrió el Tribunal al no apreciar las pruebas, de las cuales se deduce que la demandada obraba en desarrollo de un contrato administrativo para la ejecución de una obra pública y además, no haber visto las pruebas que acreditaban que tal obra se había ejecutado antes de 1976.

En su desarrollo, sostiene el casacionista, que el Tribunal dejó de apreciar las siguientes pruebas:

a) La demanda en la cual confiesa el demandante que se trataba de una obra pública y que la demandada era persona dependiente del Ministerio de Obras Públicas;

b) Las declaraciones de Ramón Ramírez, Antonio José Arias, Jaime de Jesús Ramírez Zuluaga y Carlos Emilio Giraldo, quienes también dicen que la demandada realizaba una obra por cuenta del Ministerio de Obras Públicas;

c) La inspección judicial, según la cual todo fue en desarrollo de la Autopista Medellín-Bogotá;

d) El contrato administrativo número 3676, suscrito entre el Fondo Vial Nacional y la demandada; y

e) Las declaraciones de Luis Carlos Osorio Avila, empleado del Ministerio de Obras y de Fabián Hoyos Patiño, ingeniero asesor de los peritos, quien se refiere a los trabajos realizados antes de 1976.

Como pruebas mal apreciadas señala el censor:

a) El dictamen pericial por no provenir de ingenieros, y

b) La contestación de la demanda, al haber visto el Tribunal que en ella se alegaba la fuerza mayor como eximente de responsabilidad, siendo así que no se le podía tener en cuenta por su presentación extemporánea.

A consecuencia de tales errores, concluye el casacionista, el Tribunal incurrió en "violación medio de las disposiciones probatorias reseñadas fruto seguramente del censurable análisis global y equivocó entonces el Tribunal, quien era la persona responsable a la cual podía imputarse la presunción de culpa de que trata el artículo 2356 que entonces se aplicó indebidamente al equivocar su juicio en la persona del demandado y por no haber aplicado el artículo 2347 y el subsiguiente 2349, por cuanto el titular, el guardián, el beneficiario y el que diseñó la obra de manera que el adjudicatario no podría separarse de sus alinderamientos, lo fue el Fondo Vial Nacional, y la demandada solamente fue un accidente en desarrollo de la misma a quien le estaba vedado cualquier corrección al respecto".

Se considera

1. Según el extracto que se hizo del fallo, el Tribunal con fundamento en la prueba testimonial, así como la resultante de la inspección judicial, el dictamen de los peritos que incluyó un levantamiento de croquis y la confesión espontánea vertida por la parte demandada en la contestación de la demanda, dedujo dos conclusiones fundamentales en las cuales apoyó su sentencia: de una parte, que con ocasión de las obras ejecutadas por la demandada en un trayecto de la Autopista Medellín-Bogotá hizo que el río "Vibao" se desviase de su cauce hacia la propiedad del demandante, inutilizando una porción de terreno, pues debido al taponamiento con rocas y tierra, se desbordó y arrasó plantaciones de café, plátano y árboles frutales que eran del demandante; de otra, que era plenamente previsible que tal hecho sucediera como consecuencia del movimiento de tierra que sus máquinas realizaban la entidad demandada, lo cual descarta la alegación de que sobrevino como consecuencia del hecho irresistible de una tormenta.

2. Un examen del acervo probatorio permite observar lo siguiente:

Como prueba anticipada, el demandante acompañó al libelo el acta de la inspección judicial practicada, en asocio de peritos, por el Juez Civil del Circuito de El Santuario (Antioquia) al inmueble de propiedad del demandado mes y medio después de ocurridos los hechos, así como del dictamen rendido por los expertos. Dentro de esa inspección declararon por petición del mismo demandante: Antonio José Arias, Carlos Emilio Giraldo y Jaime de Jesús Ramírez, todos vecinos del lugar y conocedores de la región. En forma conteste y responsiva, informaron que mes y medio antes de tal inspección, a consecuencia del movimiento de tierra ejecutado por la compañía Agregados y Mezclas La Iguana S. A. para la construcción de la Autopista, cayeron al río Vibao, piedras, tierra y palos que produjeron su taponamiento y luego a causa de las lluvias se desbordó sobre la finca del demandante, destruyendo los cultivos de café, plátano y demás frutales que allí tenía e inutilizando parte del terreno. Esto mismo repitieron cuando fueron llamados a su ratificación en el período probatorio, oportunidad en la cual también se oyó el testimonio de Ramón Ramírez quien, además de corroborar lo dicho por los anteriores,

agregó, que pudo darse cuenta de lo sucedido por tener su finca al frente de la de Julio Enrique Zuluaga.

Dentro del proceso se practicó una nueva inspección judicial en concurrencia con prueba pericial. Los expertos, asesorados al efecto por el ingeniero geólogo Fabián Hoyos Patiño, absolviendo el cuestionario formulado por ambas partes, no sólo dictaminaron acerca de las causas de los daños y la cuantía de éstos, sino además sobre aspectos eminentemente técnicos, en los cuales se apoyó también la decisión del Tribunal.

Precisamente para contestar preguntas formuladas por la sociedad demandada, el referido ingeniero hizo algunas precisiones, así: "Comúnmente, la causa de los desastres naturales está relacionada con la ignorancia o imprudencia del hombre que, sin advertirlo, desencadena procesos que luego no puede controlar. En el caso que nos ocupa, la ubicación equivocada de un botadero de escombros, constituyó un elemento crítico en el proceso que culminó en los daños que afectan la propiedad del señor Zuluaga... Al comenzar la estación lluviosa aumentó, como era de esperar, el contenido de humedad de esta masa de tierra y roca, hasta saturarla. Tal masa saturada, con un volumen de varios miles de metros cúbicos, se deslizó hasta el fondo del cañón por el que corre el río, represándolo temporalmente. Al romperse la represa natural así formada, el río se precipitó con un caudal instantáneo aumentado varias veces y cargado de tierra y roca, por el cañón que lo limita, hasta el pie de la vereda Media Cuesta. En este punto, donde el vallecito se ensancha un poco, al perder velocidad el río depositó parte de los materiales que transportaba, dando lugar a la migración del lecho hacia la margen izquierda y ocasionando los daños por los cuales reclama el señor Zuluaga". Más adelante, al referirse a una pregunta de la parte demandada tendiente a determinar la época en que se formó el derrumbe, precisó el experto geólogo: "La mayor parte del volumen de tierra y roca y el más concentrado, corresponde a un derrumbe de 60 metros de longitud y 20 metros de altura a lo largo de la carretera. La ocurrencia de tal derrumbe fue posterior a la fecha en que se tomaron las fotografías aéreas para el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, en 1976".

3. Evidentemente, los referidos elementos de prueba a los cuales expresamente se refiere el Tribunal respaldan sus conclusiones, quien al apreciarlos en forma conjunta no hizo más que ceñirse al *principio de la apreciación racional de la prueba consagrado por el artículo 157 del Código de Procedimiento Civil, que sustituyó el de la tarifa legal. Según tal principio, como lo ha advertido la doctrina y la jurisprudencia, es deber del fallador, antes que facultad suya, evaluar en conjunto las pruebas para obtener de todos los elementos un resultado homogéneo o único, sobre el cual habrá de fundar su decisión final.*

Siendo así que la apreciación de conjunto del acervo probatorio supone que el juzgador vio todas las que oportunamente y legalmente se aportaron al proceso, de un lado, y de otro, que como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte "no se presume la ignorancia de los medios por el sentenciador, aunque éste no se refiere a ellos de un modo expreso" (CXI-CXII, 131), no puede configurarse el yerro fáctico que el censor le endilga en la primera parte del cargo en estudio, pues su conclusión no

es incongruente con lo que de ella resulta. Otra cosa bien distinta es que el Tribunal no hubiese concluido en la forma como lo pretende el recurrente respecto de la persona que a su juicio debe responder por los perjuicios y que fue lo que determinó su extemporáneo llamamiento en garantía.

Y, en cuanto a las pruebas que a juicio del censor fueron mal apreciadas, se observa que en lo que toca al mérito probatorio dado por el Tribunal al dictamen de expertos, por no habérsele confiado a ingenieros hidráulicos como lo solicitó la parte demandada, implica ante todo un reparo a la producción y eficacia de la prueba que ha debido atacarse por supuesto error de derecho. Igual observación cabe hacer con relación a la valoración dada a la contestación de la demanda, a pesar de no haberse presentado dentro de la oportunidad que la ley procedimental exige. Por lo demás, en el supuesto de que por la indebida apreciación de dichos medios de prueba se admitiera la configuración de yerro fáctico, éste resultaría intrascendente, pues los restantes elementos de prueba servirían de soporte suficiente al fallo impugnado.

Viene como corolario de lo expuesto, que al no haber incurrido el Tribunal en ninguno de los yerros que en este cargo le endilga el casacionista, tampoco infringió las normas sustanciales enunciadas en el encabezamiento.

Por tanto, el cargo no está llamado a prosperar.

Cargo tercero.

Dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368, se acusa la sentencia del Tribunal de violar indirectamente por aplicación indebida el artículo 2356 del Código Civil, a causa del error de derecho cometido en el manejo de la cuestión probatoria, la cual pretermitió por falta de aplicación del inciso 1º del artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, todo con violación medio de los artículos 174, 177, 190, 183, 187, 194, 195, 196, 197, 200, 229, 233, 234, 236, 237, 238, 240, 241, 243, 8º del Código últimamente citado por falta de aplicación, por el mismo motivo del artículo 11, inciso 2º Decreto 2265 de 1969, 176 del Código de Procedimiento Civil y 66 del Código Civil por aplicación indebida.

Al expresar los fundamentos de su acusación, sostiene el recurrente que el Tribunal infringió la norma del inciso 2º del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, pues que procedió a un examen global, sin que se sepa donde derivan sus conclusiones, siendo así que ha debido exponer razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba. Además, apreció las declaraciones rendidas extraproceso sin haber visto que en la recepción y ratificación no se observaron las normas de los artículos 226 y 229 del Código, pues en las mismas preguntas a los testigos se insinuaban las respuestas. De otra parte, el Tribunal no podía apreciar el dictamen por cuanto, en tratándose de asuntos de ingeniería, se requería, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 241 del Código, de la intervención de peritos ingenieros, punto sobre el cual reclamó oportunamente y a lo cual se le dijo que los peritos nombrados podrían asesorarse de esos profesionales. Finalmente, dice el censor, también incurrió el sentenciador en

error de derecho al haber deducido una confesión donde no la había en un escrito de respuesta a la demanda, rechazado por extemporáneo y, por tanto, inidóneo para reconocerle mérito.

Los referidos errores de valoración probatoria, dice por último, llevaron al Tribunal a equivocarse en el señalamiento de la persona que debía responder y, por lo mismo, a quien se le podría imputar la presunción de culpa, presunción que, por otra parte, no puede operar en el caso por cuanto sus antecedentes (Art. 66 C. C.) quedaron sin fundamento probatorio ante la ineficacia de la testimonial y pericial.

Se considera

1. *Con fundamento en los principios de publicidad y contradicción que son esenciales de los medios probatorios, el procedimiento civil colombiano determina en sus disposiciones el modo de pedir, decretar y practicar las pruebas. Si se omite la observancia de todos o algunos de estos preceptos, la misma ley prohíbe al Juez evaluar la prueba; si, en cambio, se acatan en su totalidad, surge para él la obligación de apreciarla de acuerdo con las reglas de la sana crítica, puesto que las normas que rigen su diligenciamiento son de orden público y por consiguiente de forzoso cumplimiento.*

Así, *entre otras reglas relacionadas con la ritualidad de la prueba, el artículo 229 del Código exige para que puedan apreciarse en un proceso declaraciones de testigos recibidas fuera de él sin audiencia de la contraparte, su ratificación, para la cual se repetirá el interrogatorio, en la forma establecida para la recepción de testimonios en el mismo proceso. La ratificación, como lo ha dicho la Corte, apoyada en la referida norma, consiste en llamar al testigo que declaró antes para que bajo juramento declare otra vez, sometiéndole de nuevo las preguntas y adicionando éstas como el Juez y las partes lo deseen, sin leerle ni dejar leer su anterior declaración.*

2. Precisamente, en el caso de este litigio, uno de los fundamentos de los ataques del casacionista a la sentencia impugnada se basa en el hecho de que, según él, la ratificación de los testimonios de Antonio José Arias, Carlos Emilio Giraldo y Jaime de Jesús Ramírez, recibidos antes de la presentación de la misma, no se ajustó a las previsiones del citado artículo 229 y, además, que en la formulación de las preguntas a los testigos se desconoció la norma del artículo 226, que prohíbe insinuar la respuesta. Con todo, si se repara bien como se llevó a cabo la ratificación, se verá cómo el Juez no se limitó a copiar o reproducir la declaración anterior, sino que por iniciativa suya y por petición de la misma parte demandante, sometió a los testigos a nuevo interrogatorio, y, como, por lo que toca a la formulación de las preguntas, la misma doctrina de la Corte en torno a la norma últimamente citada admite que se debe tolerar un cierto margen de sugestibilidad que resulta de exigirle al testigo que diga si le constan las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos y pudo percibirlos, sin cuya explicación su testimonio carecería de eficacia probatoria. Se observa, además, que la parte demandada, cuyo

derecho de contradicción se garantizaba con la ratificación en este caso, no compareció a la audiencia a controlar la prueba mediante la ampliación de las preguntas y el contrainterrogatorio de los testigos.

3. A juicio del recurrente, el Tribunal incurrió igualmente en yerro de valoración al reconocerle suficiente mérito probatorio al dictamen rendido por quienes no reunían las condiciones de competencia y conocimientos técnicos en asuntos de ingeniería, como lo reclamaba el caso, tal como lo hizo notar la parte demandada al momento de la práctica de dicha prueba.

Sobre el punto, es del caso precisar que en verdad dicho yerro no se configura, pues dada la índole de la controversia y el objeto de la prueba de peritos, evidentemente no se trata de un asunto que demande en los auxiliares profundos conocimientos de ingeniería, no obstante lo cual, de conformidad con las previsiones del aparte segundo del artículo 237 del Código, ante los reclamos que al respecto formuló la demanda, el Juez autorizó a los peritos que se auxiliaran de un experto y efectivamente lo fueron por un ingeniero geólogo, quien aportó los conocimientos técnicos del caso, todo lo cual, se repite, hace infundada la censura.

4. Finalmente, por lo que toca con el supuesto yerro de *jure* atribuido al Tribunal al haberle reconocido valor de confesión a lo dicho por la demandada en el escrito de contestación al libelo extemporáneamente presentado, en el cual se alegaba que el perjuicio obedeció a fuerza mayor, es del caso puntualizar dos aspectos: de un lado, que el ataque hecho por el casacionista quedó incompleto al no haber denunciado como infringida la norma del artículo 1º de la Ley 95 de 1890, que contempla la fuerza mayor como exonerativa de responsabilidad, fenómeno que, por lo demás, el sentenciador de segundo grado debía examinar oficiosamente en términos del artículo 306 del Código; de otro, quedando por demostrado el error de derecho denunciado respecto de la valoración dada por el Tribunal a la extemporánea respuesta, él resultaría intrascendente en orden al quiebre de la sentencia, dado el soporte que le dan los demás elementos de prueba que han salido incólumes de los ataques anteriormente examinados.

5. De lo dicho hasta ahora con relación a este cargo, se impone como conclusión la de que el sentenciador no incurrió en los yerros de valoración que se le imputan y que por lo mismo, los supuestos o antecedentes en que se apoya la responsabilidad por culpa presunta no han sido desquiciados, como ha tratado de demostrarlo el censor. Desde luego, la sentencia impugnada presenta dos soportes que han resultado incólumes: el artículo 2356 del Código Civil por haber considerado que el daño sufrido por el demandante sobrevino por el ejercicio de una actividad peligrosa, y, además, el artículo 2341, como que también de los elementos probatorios le dedujo responsabilidad e impuso la condena al pago de perjuicios "ocasionados con su acción culposa, dada la imprevisión en el desplazamiento de tierra al ejecutar la obra".

Como corolario, al no haber infringido el Tribunal las normas señaladas en el encabezamiento del cargo, éste tampoco está llamado a prosperar.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 26 de mayo de 1983, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

TESTAMENTO

Inhabilidades. Prueba. Nulidad.

TESTIMONIO TECNICO

Noción. Error de hecho en su apreciación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

Bogotá, D. E., 16 de julio de 1985.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el proceso ordinario promovido por Edgar Camacho Duarte y otros contra Rosmira Granados de Novoa.

I. Antecedentes

1. María Alcira Edelmira Duarte Granados, otorgó testamento abierto mediante Escritura número 1235 de fecha 20 de mayo de 1977 en la Notaría Primera de Bucaramanga, en el cual asignó sus bienes, en diversas proporciones, a cuatro de sus sobrinos.

2. Posteriormente, por medio de la Escritura número 2917 del 10 de septiembre de 1979, otorgada en la misma Notaría, María Alcira revocó su anterior memoria testamentaria, y en su reemplazo designó como heredera universal a la demandada Rosmira Granados de Novoa.

3. Los sobrinos desfavorecidos con esa decisión de la testadora, promovieron este proceso contra Rosmira, en el cual solicitaron que se declarara la nulidad del testamento otorgado en 1979, para que el proceso de sucesión de la causante (fallecida el 23 de abril de 1980, a la edad de 81 años) se ajustara a las disposiciones del testamento de 1977, y se conde-

nara a la demandada "a reintegrar a la sucesión los frutos percibidos de bienes de la misma" a partir de la muerte de María Alcira.

4. Como fundamento de sus pretensiones manifestaron que la testadora no se encontraba en uso de sus facultades mentales cuando testó la segunda vez, pues padecía de demencia senil, según concepto del médico Enrique Ledesma Wilches y del psiquiatra Roberto Serpa Flórez.

5. La parte demandada se opuso a las pretensiones de los actores y negó enfáticamente que la testadora estuviera demente cuando otorgó el testamento en 1979. Con aducción de pruebas y alegatos de ambas partes, culminó el primer grado de jurisdicción con la sentencia del 10 de mayo de 1982, que fue confirmada por el Tribunal, en la que el Juzgado del conocimiento accedió a las súplicas de la demanda.

II. La sentencia del Tribunal

1. El Tribunal, luego de analizar el acervo probatorio, estimó demostrada la demencia que padecía María Alcira cuando otorgó el testamento impugnado.

En efecto, resume las versiones de los testigos allegados por los demandantes, así:

a) José Humberto Lizarazo Ortega, quien afirma que en alguna ocasión en el mes de septiembre de 1979, estando él de visita en la sala de la casa de "los jóvenes Camacho", se presentó María Alcira o Edelmira, quien revelaba "signos físicos de marcada vejez... en estado de semidesnudez y expresándose en una forma bastante incoherente";

b) Carlos Rueda dice que vio por última vez a Edelmira a mediados del mes de septiembre de 1979 y que llegó "a la sala hablando sola y gritando y escasa de ropa, casi semidesnuda";

c) Alvaro Soto Tavera asevera que era vecino de la residencia del doctor Néstor Evaristo Camacho, que estudiaba con un hijo suyo y que conoció a Edelmira en 1971, que nunca se dio cuenta de la enfermedad de ella hasta que a mediados de septiembre de 1979, estando de visita en esa casa, ella "bajó a la sala donde me encontraba yo, casi desnuda y hablando incoherencias. Fui a saludarla y ella no me reconoció";

d) Rosa Vega de Ballesteros afirma que a mediados de septiembre de 1979 visitó la casa del doctor Camacho y que encontró a Edelmira tan enferma "que no me reconoció, tenía perdida por completo la memoria y hablaba tantas incoherencias que no concordaban con ninguna de las preguntas que le hice".

2. El sentenciador menciona luego las declaraciones de Ana Mercedes Esparza de Pinzón, Ricardo Rueda Rueda, Evila Arismendi de Mantilla y Mercedes Mantilla Rojas para expresar que aunque esos testigos "hablan del estado normal mental de Edelmira Duarte, sin embargo, por provenir tales declaraciones de personas inexpertas para reconocer a cabalidad los estados de la mente de los ancianos, no pueden tenerse como pruebas que demuestran las atestaciones de un psiquiatra y de otro médico que observaron a Edelmira Duarte con deficiencias mentales".

Los doctores Enrique Ledesma Wilches y Roberto Serpa Flórez, ratifican bajo juramento el certificado y la declaración en las que respectivamente afirmaron la demencia senil que afectaba a Edelmira en el mes de septiembre de 1979, al paso que los médicos Donaldo Villarreal y Jorge Parra Valenzuela, quienes la atendieron profesionalmente durante largos años (veinte y ocho, en su orden), afirman que ella no padecía de ninguna enfermedad mental, sino de otros males propios de la vejez.

El sentenciador afirma que estos dos últimos testimonios (los de Villarreal y Parra) "no se oponen abiertamente a las declaraciones de los médicos Ledesma y Serpa, pues no pudieron concretar la fecha los primeros en la que examinaron a la paciente Duarte, de quien tampoco se ha dicho en este proceso que toda la vida fue normal (sic), sino únicamente en su senilidad.

"A lo anterior debe sumarse que la diferencia de más de dos años entre el testamento de 1977 y el de 1979, es un hecho indiciario de valor probatorio a favor de la decisión judicial aquí adoptada, pues es incuestionable que la salud física de María Alcira Edelmira Duarte en septiembre de 1979 estaba en peores condiciones de deterioro que las del mes de mayo de 1977, si se tiene en cuenta que ella murió no mucho tiempo después del segundo testamento".

El Tribunal afirma que es sospechoso un cambio efectivo tan fundamental de parte de Edelmira de 1977 a 1979, en el sentido de que en el segundo testamento excluyó por completo a los demás sobrinos que había favorecido en el primero. Que si bien es verdad que en estos casos prevalece la omnímoda voluntad del testador, al menos debe haber alguna explicación de semejante cambio tan brusco ocurrido en tan poco tiempo.

Estima enseguida, en cuanto a la restitución de los frutos sucesorales ordenada por el Juez *a quo*, que a la demandada debe considerársela como poseedora de buena fe, dado lo dispuesto en el segundo testamento, y que tanto la condena a restituirles debe hacerse *in genere*, a partir de la contestación de la demanda.

Por último, dice que "se aclarará, igualmente, la sentencia en el sentido de que lo dispuesto en el punto 3º de la parte resolutiva, conlleva la cancelación de la escritura pública contentiva del testamento y de su registro en la oficina correspondiente".

Atrás se dijo que contra la sentencia de segundo grado se interpuso recurso de casación por parte de la demandada, recurso que es oportuno resolver por haber sido legalmente tramitado.

III. El recurso de casación

El recurrente formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal, ambos dentro del campo de la causal primera, de los cuales sólo se analizará el primero, por cuanto amerita prosperidad.

"Acuso la sentencia de violación indirecta, por errores de hecho graves y evidentes cometidos en la apreciación o falta de apreciación de

las pruebas singularizadas adelante, de haber quebrantado las siguientes normas: los artículos 1055, 1502 y 1503 del Código Civil, por falta de aplicación, en relación a los artículos 1061 numeral 3º, 1062, 1504, 1740, 1741, 994, 716 del Código Civil y 307 del Código de Procedimiento Civil por aplicación indebida al caso litigado".

Los errores de hecho que el recurrente atribuye al Tribunal son los siguientes:

a) No apreció que las firmas de la testadora estampadas en las escrituras que contienen los testamentos de 1977 y 1979 son sensiblemente iguales, o mejor, que en la segunda, no se observan alteraciones en la grafía de aquellas que pudieran revelar su falta de sanidad mental cuando otorgó la memoria testamentaria que se impugna en este proceso;

b) Manifiestos errores de apreciación probatoria en las declaraciones técnicas de los médicos, doctores Roberto Serpa Flórez, Enrique Ledesma Wilches, Donaldo Villarreal Silva y Jorge Parra Valenzuela.

En cuanto al testimonio de Serpa dice que "es absolutamente deleznable porque carece de la 'razón del dicho' o 'ciencia del conocimiento', ya que sólo examinó a la testadora una sola vez y no tuvo ocasión de estudiar su historia clínica ni los resultados de los exámenes de laboratorio que los médicos utilizan para hacer sus diagnósticos".

La censura considera que el testimonio "supuestamente técnico del médico Enrique Ledesma Wilches es de ningún valor, porque le falta la sustentación en hecho y bases concretas a propósito de la demencia senil que le atribuye a doña Edelmira... Valga la verdad que el doctor Ledesma desconoce completamente el origen y desarrollo de la enfermedad".

"El *ad quem* se equivocó de medio a medio en la apreciación de los testimonios de los doctores Donaldo Villarreal Silva y Jorge Parra Valenzuela —dice el recurrente—, quienes fueron médicos tratantes de doña Edelmira desde varios años atrás, no encontrando en ella ningunos trastornos de carácter mental. 'Su estado mental era satisfactorio', dice la Caja Nacional de Previsión Social durante más de veinte años, declara haber examinado varias veces, en más de ocho años, a Edelmira, encontrándole 'trastornos, *enfermedades sin mayor gravedad, del lado mental, nunca le encontré perturbación ninguna* (subraya el texto), ella era un enfermo que sufría de colitis, dispepsia, constipación, trastornos cardíacos'.

"Era una mujer amable, equilibrada y consciente de todos sus actos", concluye el doctor Villarreal.

"Pero estas declaraciones técnicas y basadas en la observación clínica y trato personal de muchos años, no le valieron nada al sentenciador, quien acogió con beneplácito las del doctor Serpa Flórez y doctor Ledesma Wilches, observadores de un solo día. Considero que el fallador de instancia incurrió en otro yerro grave de apreciación probatoria";

c) "Errores ostensibles cometidos por el Tribunal —prosigue el censor— contra la técnica y el valor de la prueba indirecta, al deducir 'hechos indiciarios de valor probatorio' de la sola circunstancia de que 'la salud

física de María Alcira Edelmira Duarte Granados en septiembre de 1979 estaba en peores condiciones de deterioro, (afirmación sin prueba alguna) a las del mes de mayo de 1977, si se tiene en cuenta que ella murió muy poco tiempo después del segundo testamento, y en no encontrar el Tribunal 'una explicación que hubiese motivado el cambio fundamental de la causante respecto de la disposición de sus bienes y de su última voluntad, es decir, de haber cambiado de herederos, del uno al otro testamento, 'sin motivación alguna', 'sin una explicación racional' ".

Las presunciones son operaciones lógicas —dice más adelante el recurrente—, mediante las cuales, partiendo de un hecho conocido, se llega a la aceptación como existente de otro hecho desconocido o incierto. Pero en ambos casos a que alude el sentenciador, aún admitiendo que con los años se deteriore la salud y que la revocación del primer testamento haya sido infundada o arbitraria, las conclusiones a que llega el sentenciador son ilógicas y ellas sí arbitrarias, por cuanto no siempre el paso de los años conduce a la demencia senil, sólo a una mayor vejez; y porque la revocación del testamento por el testador es un hecho de su arbitrio y libre voluntad; del cual no tiene que rendir cuentas a nadie, ni el juzgador derecho a escudriñar sus intenciones. Por ello el artículo 1055 del Código Civil dice que el testador conserva siempre "la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva";

d) Por último, refiriéndose al testimonio de Rosa Vega de Ballesteros, el impugnante estima que por referirse a aspectos de la senilidad de Edelmira, "que por venir de persona ajena a todo conocimiento de las enfermedades mentales, no está en capacidad de prejuzgar ni de calificar el estado psíquico de la testadora. La tercera edad o vejez acarrea necesariamente sus problemas de comportamiento, tanto en lo físico como en lo mental... Pero hay que convenir, porque es verdad de a puño, que la vejez no es senilidad ni decrepitud. La senilidad es una vejez patológica originada generalmente en la arterioesclerosis del cerebro, cuando no intervienen causas exógenas como el alcoholismo y la sífilis. Pero la arterioesclerosis del viejo obedece a un proceso natural en que las facultades psíquicas pueden permanecer intactas, sin perder el ser humano su carácter senil, hasta muy avanzada edad".

IV. Consideraciones de la Corte

En numerosas ocasiones se ha ocupado la Corte de las inhabilidades para testar que consagra el artículo 1061 del Código Civil y en especial de las contenidas en los numerales 2º y 3º que son del siguiente tenor:

"No son hábiles para testar:

"... 2º El que se hallare en interdicción por causa de demencia.

"3º El que actualmente no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa...".

En el caso del numeral 2º, para aniquilar jurídicamente el testamento de quien al otorgarlo se encontraba en interdicción judicial por demencia,

basta con allegar al proceso correspondiente copia auténtica del decreto de interdicción, sin que sea necesario probar que estaba "entonces demente".

Ese decreto, por sí solo, es plena prueba de la demencia del interdicto y hace presumir de derecho su absoluta incapacidad para celebrar cualquier acto jurídico.

En cambio, en el evento del numeral 3º, para que pueda decretarse la nulidad del testamento, debe demostrarse plenamente que quien lo otorgó no se encontraba en su sano juicio en ese momento "por ebriedad u otra causa". Esta es la situación que se debate en este proceso.

"Ante todo conviene advertir —ha dicho esta Corporación—, que no toda enfermedad mental permite decretar la nulidad de un testamento o de actos o contratos ejecutados o celebrados por quien la padece. Como lo expuso la Corte en sentencia de esta Sala dictada el 4 de abril de 1956, y ahora lo reitera, al efecto se requiere la prueba de que 'ha habido una perturbación patológica de la actividad psíquica que suprime la libre determinación de la voluntad' y además que 'esa perturbación... fue concomitante a la celebración del contrato' (XLIII, Pág. 799).

"Es oportuno agregar también, con palabras del expositor Antonio Rocha, acogiéndolas, que 'la doctrina y los jueces se muestran más renuentes a anular por incapacidad mental un testamento que un contrato, porque el testador, cuando se discute el testamento, no puede comparecer ya a defender su voluntad. Pero ni en uno ni en otro caso, basta la duda sobre la demencia, sino como en toda sentencia condenatoria se requiere la plena prueba' (De la Prueba en Derecho, 5º ed. Bogotá, 1967, Pág. 601). En idéntico sentido se expresa la Corte en sentencia del 2 de junio de 1942 (LIII, Pág. 813)" (CLII, Págs. 171 y 172).

La parte actora pretende que se declare la nulidad del testamento otorgado por Edelmira Duarte Granados, porque afirma que la testadora padecía de demencia senil cuando lo otorgó. Con el propósito de demostrar su aserto, allegó como pruebas dos "certificados" médicos, posteriormente ratificados bajo juramento, y las declaraciones testimoniales de Jesús H. Lizarazo, Carlos Rueda, Alberto Soto y Rosa Vega de Ballesteros.

El médico Enrique Ledesma Wilches, en su "certificado" expedido en julio de 1979, dice: "Hago constar: que desde 1977 atendí médicamente en varias oportunidades y esporádicamente, a la señorita Edelmira Duarte Granados de 81 años, quien padecía de cardiopatía hipertensiva, y más tarde a partir de 1978, de demencia senil. Por este motivo le fue remitida en septiembre de 1979, al psiquiatra, doctor Roberto Serpa Flórez".

Este último, en "certificado" de fecha 7 de julio de 1980, dice: "Certifico que Edelmira Duarte Granados estuvo en mi consulta en el mes de septiembre de 1979 y padecía una demencia senil, enfermedad cerebral incurable que la incapacitaba para los actos de la vida civil y para cualquier trabajo intelectual".

Los "certificados" médicos que se dejan transcritos *y su ratificación bajo juramento dentro del proceso, no son dictámenes periciales sino*

testimonios técnicos, respecto de los cuales dijo esta Sala en su sentencia del 25 de mayo de 1976 lo siguiente:

"Testimonio técnico. *Ahora bien, sin que haya mediado dictamen pericial practicado dentro del proceso sobre la enfermedad psíquica que padece o que sufrió una persona, la prueba testimonial legalmente producida y debidamente apreciada es admisible para establecerla, si proviene de persona o personas especialmente calificadas en la materia por sus conocimientos científicos, a las cuales por serlo, la ley les permite (Art. 227, inciso final y numeral 2º del Art. 228 del C. de P. C.) que expongan sus conceptos, como una excepción al principio de que los declarantes deben limitarse a relatar los hechos percibidos por ellos y que les está vedado emitir opiniones o juicios personales, son los llamados* testimonios técnicos. *Tal sería el evento de los médicos que trataron al paciente y que al testimoniar sobre éste conceptúan que padecía de una enfermedad mental cuando testó o celebró el acto o contrato cuya validez se disuelve. Al juez corresponderá en este caso resolver razonadamente si esos testimonios técnicos, debidamente analizados y apreciados en conjunto con los demás elementos probatorios que obran en los autos, le bastan para obtener la certidumbre de que la persona que contrató o testó 'estaba entonces demente'* " *(CLII, Pág. 171).*

En los "certificados" o testimonios técnicos de los doctores Serpa Flórez y Ledesma Wilches, *brillan por su ausencia los fundamentos científicos en que apoyaron su concepto de que la testadora padecía demencia senil en el mes de septiembre de 1979. Tampoco afirman si en gravedad o avanzado estado incapacitaba a la testadora, en forma absoluta, para tener conciencia de la expresión de su última voluntad que hizo en 1979.* Atrás se vio, que *no cualquier dolencia mental comporta necesariamente la incapacidad de quien la padece.*

Al apreciar tales testimonios, el Tribunal incurrió en el ostensible error de hecho de exagerar desmedidamente su contenido objetivo, hasta asignarles el mérito de plena prueba de una demencia que incapacitaba absolutamente a la testadora.

El Tribunal incurrió en el mismo error que acaba de mencionarse, al valorar las declaraciones de los testigos Jesús Alberto Lizarazo, Carlos Rueda, Alvaro Soto Tavera y Rosa Vega de Ballesteros. Tales pruebas le sirvieron para reforzar el mérito que le otorgó a los "testimonios técnicos" atrás mencionados, cuando expresa que tales testigos "observaron comportamiento en Edelmira Duarte Granados no acordes con una persona plenamente normal en su aspecto psíquico".

Esta apreciación del sentenciador contradice abiertamente las razones que esgrimió para no tener en cuenta lo expuesto por los testigos Ana Mercedes Esparza de Pinzón, Ricardo Rueda Rueda, Evila Arismendi de Mantilla y Mercedes Mantilla Rojas, viejas amigas de Edelmira, a quien visitaban con mucha frecuencia hasta que murió, quienes afirmaron dando adecuada razón de la ciencia de su dicho que el comportamiento de ésta era normal, no obstante los achaques propios de su edad de que a veces padecía.

En efecto, al referirse a las declaraciones de esos testigos, dice el Tribunal que "aunque hablan del estado normal mental de Edelmira Duarte, sin embargo, por provenir tales declaraciones de personas inexpertas para reconocer a cabalidad los estados de la mente de los ancianos, no pueden tenerse como pruebas que demeriten las atestaciones de un psiquiatra y de otro médico que observaron a Edelmira con deficiencias mentales".

Salta a la vista una contraevidencia indudable. Los testimonios de legos en materia de psiquiatría como los aducidos por la parte demandante, sirven para corroborar la opinión de los médicos que afirmaron la demencia de Edelmira; en cambio los de otros igualmente legos, no sirven para desvirtuar ese concepto médico ni para corroborar lo expuesto por otros dos galenos que trataron a la testadora durante largos años.

Esos galenos a que se acaba de hacer referencia son los doctores Jorge Parra Valenzuela y Donaldo Villarreal Silva. Ambos expidieron "certificados" que se acompañaron como prueba a la contestación de la demanda y que fueron ratificados bajo juramento durante el proceso.

Dice el primero "en honor a la verdad":

"Hago constar que durante varios años traté a la señorita María Edelmira Duarte Granados, por diferentes enfermedades generales, habiéndole practicado el último tratamiento en el mes de septiembre de 1979, y que su estado mental era completamente normal, no presentaba ningún síntoma de demencia".

El doctor Villarreal, a su turno y también "en honor a la verdad", hace constar, con fecha 12 de agosto de 1980:

"1. Que durante un tiempo aproximado de 20 años, traté profesionalmente a la señorita María Alcira Edelmira Duarte Granados, en relación con sus enfermedades generales.

"2. Que este tratamiento lo realicé hasta el mes de enero del presente año.

"Que durante este tratamiento, su estado mental fue normal y su comportamiento en mi consultorio no presentaba signos de demencia".

Protuberante error del Tribunal el haber expresado que en los "certificados" transcritos no está expuesta la fecha en que sus signatarios examinaron profesionalmente a la testadora. En el último "certificado" transcrito aparece muy claramente que el doctor Villarreal trató médicamente a la testadora durante veinte años y que la última vez que la recibió en su consulta fue en el mes de enero de 1980, es decir, cuatro meses después de la fecha en que se otorgó el testamento y tres antes de su muerte.

El sentenciador incurrió en preterición casi total de los testimonios técnicos de que trata, al haberles cercenado en forma muy apreciable su contenido y en contraevidencia al haber afirmado que éstos "no se oponen abiertamente a las declaraciones de los médicos Ledesma y Serpa", cuando salta de bulto, al compararlos, que unos y otros son totalmente diferentes. Parra y Villarreal aseveran categóricamente que Edelmira no padecía

ninguna enfermedad mental, al paso que Serpa y Ledesma afirman enfáticamente lo contrario.

Finalmente, el sentenciador cometió un nuevo y protuberante error de hecho, que el recurrente señala en su demanda: no tuvo en cuenta que el Notario Primero de Bucaramanga, ante quien Edelmira otorgó el testamento impugnado, aseveró en el texto de la escritura correspondiente, que la testadora "se halla en el goce completo de sus facultades mentales". Sin una base sólida y exponiendo razonadamente el por qué, un juez no puede ignorar una aseveración de esa clase proveniente del depositario de la fe pública, que al menos tiene el valor de indicio en cuanto a la sanidad mental de la testadora.

Y lo que expresó el Notario en la mencionada escritura, en cuanto a la sanidad mental de la testadora, lo corroboró enfáticamente en la declaración testimonial que rindió en el proceso y que el Tribunal ignoró igualmente, puesto que no la menciona siquiera en el fallo que se revisa. Nueva preterición total de una prueba trascendente que pone de relieve otro error de hecho cometido por el Tribunal.

Lo dicho hasta aquí lleva a la forzosa conclusión de que el sentenciador de Bucaramanga incurrió en los errores de hecho que señala el recurrente en su demanda de casación, a consecuencia de los cuales quebrantó las normas legales mencionadas en ésta.

Debe, pues, la sentencia impugnada casarse y dictarse en instancia la que haya de reemplazarla, para lo cual se tiene en cuenta:

De autos no aparece desvirtuada la presunción de capacidad consagrada en el artículo 1503 del Código Civil que cobija a Edelmira ni demostrada la inhabilidad de ésta para testar que establece el numeral 3º del artículo 1061 *ibidem*. Por consiguiente, las súplicas de la demanda que dio origen a este proceso están llamadas al fracaso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia impugnada y en sede de instancia REVOCA la de primer grado y en su lugar DENIEGA las pretensiones de los demandantes, a quienes condena en costas en las dos instancias. Sin ellas ante la Corte.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

CASACION

VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL. **Interpretación errónea. Independencia y autonomía de los cargos.**

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

Bogotá, D. E., 16 de julio de 1985.

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 9 de mayo del año anterior, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena dentro de este proceso ordinario instaurado por Rocío del Socorro Ruiz Ortiz contra Haydee Guerrero Martínez.

ANTECEDENTES

1. Mediante libelo que en repartimiento del 11 de mayo de 1981 correspondió al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cartagena, la demandante solicitó que con citación de la demandada, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1ª Declarar resuelto, por incumplimiento el contrato de promesa de venta celebrado con la demandada, en virtud del cual se obligó a venderle el Apartamento 404, Tipo B, situado en el cuarto piso del edificio "B", ubicado en el Conjunto Residencial La Cabaña número 24-40 de la calle 27-B del Barrio La Manga de la ciudad de Cartagena, cuyos linderos allí consigna.

2ª Como consecuencia de la anterior declaración, se le autorice para "retener o apropiarse de la suma de trescientos mil pesos ($ 300.000) pactada como cláusula penal por incumplimiento"; y

3ª Se condene a la demandada al pago de las costas procesales.

Como subsidiarias de las condenas 2ª y 3ª impetradas, solicitó la demandante se condenara a la demandada a pagarle a título de indemnización de perjuicios la suma de $ 300.000, equivalente a la cantidad por ella perdida

por no haberle podido cumplir a su vez a Plinio Bustamante Ayola un contrato de promesa con él celebrado y, además, que se le condene a pagarle a título de perjuicios morales la cantidad de $ 300.000.

II. Como fundamentos de hecho de las anteriores pretensiones, expuso la demandante los que seguidamente se resumen: entre Rocío del Socorro Ruiz Ortiz y la demandada Haydee Guerrero Martínez se concertó un contrato de promesa en virtud del cual la primera se obligó a vender a la segunda el apartamento a que se contrae la súplica 1ª de la demanda.

2ª Como precio de la venta acordaron la suma de $ 1.500.000 que la demandada pagaría así: "a) La suma de $ 400.000 que fue recibida por la demandante; b) El saldo o sea la suma de $ 1.100.000 el 31 de diciembre de 1980". Además, convinieron como cláusula penal la cantidad de $ 300.000.

3ª Bajo el supuesto que Haydee Guerrero le cancelaría el saldo de $ 1.100.000 el 30 de diciembre, la prometiente vendedora se obligó a cancelar el 31 siguiente a Plinio Bustamante Ayola la cantidad de $ 1.115.000 a título de abono al precio de otro apartamento que aquél le prometió también en venta.

4ª Como la demandada no cumplió con el pago de los $ 1.100.000 el 30 de diciembre, ella tampoco pudo cumplirle a su prometiente vendedor Plinio Bustamante, razón por la cual éste declaró resuelto el contrato de promesa y le hizo efectiva la cláusula penal por $ 300.000, nada de lo cual habría sucedido si Haydee Guerrero hubiese cumplido lo estipulado en el contrato; y

5ª Por razón de tal incumplimiento no sólo perdió la suma de $ 300.000 sino que, además, "experimentó sufrimiento y preocupación, estado de angustia y de insomnio" lo cual se traduce en perjuicios morales que le debe indemnizar también la demandada.

III. En su oportuna respuesta, la demandada aceptó algunos hechos, dijo no constarle otros y negó que hubiese incumplido sus obligaciones. Respecto del afirmado incumplimiento del pago del saldo del precio explicó que "el plazo del 31 de diciembre de 1980 fue prorrogado tácitamente en desarrollo de lo estipulado en la cláusula quinta de la promesa de compraventa, en virtud de que la compradora no se allanó a otorgar la escritura en dicha fecha. Mi cliente accedió a pagarle intereses por dicho saldo a pesar de que ella, la compradora, mantenía en su poder el apartamento sin pagar arriendo a mi representada, por creer que la obligaba al pacto de ellos en la promesa". Después de manifestar que siempre ha estado dispuesto a cumplir y lo estuvo para el 31 de diciembre de 1980, fecha para la cual tenía listo su paz y salvo nacional y el saldo de la deuda, termina proponiendo la excepción de contrato no cumplido.

IV. Agotada la tramitación correspondiente a la primera instancia, incluida la práctica de pruebas y alegaciones, el Juez del conocimiento le puso término mediante sentencia en la cual declaró la nulidad del contrato de promesa e impuso a la demandante la obligación de cancelar a la demandada la suma de $ 400.000, con intereses del 1% mensual desde cuando recibió dicha suma. Ambas partes recurrieron la sentencia que el Tribunal confirmara luego.

SENTENCIA IMPUGNADA EN CASACIÓN

El Tribunal después de narrar los antecedentes del litigio e indicar cómo se trabó la relación procesal entre las partes, observa que como la pretensión tiene su fundamento en un contrato de promesa, lo primero que debe examinar es su validez; en esta labor recuerda cuáles son las exigencias del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 para que tal convenio produzca efecto, y luego del cotejo de dicho contrato con las exigencias legales, sostiene: "a) No obra la Notaría donde debió haberse cumplido o protocolizado la venta; y b) No está concretizado, especificado, el plazo para el cumplimiento: 'El prometiente comprador —dice la cláusula quinta— pagará al prometiente vendedor el 2.5% de interés mensual en el caso de que, al vencerse el plazo estipulado del 31 de diciembre de 1980, el prometiente comprador no hubiese cancelado el saldo de un millón cien mil pesos ($ 1.100.000) moneda corriente, a la firma de la escritura respectiva, o al día 31 de diciembre del presente año'. La fecha del cumplimiento (dic. 31-80) alegado por la demandante como plazo para efectos del cumplimiento del contrato no es dable, en razón a que si la prometiente compradora incumpliese dicho término (por expreso mandato contractual) se vería obligada a pagar un interés determinado a favor de la actora, todo lo cual presupone un contrato indefinido en cuanto al plazo para su condigno cumplimiento, vulnerando así uno de los presupuestos del tipo contractual en controversia y consecuencialmente no produce efecto civil entre las partes, toda vez que carece de una de las formalidades ordenadas por el legislador y en armonía con el artículo 1500 del Código Civil. Es decir, que el contrato de promesa de venta celebrado entre Rocío del Socorro Ruiz Ortiz y Haydee Guerrero Martínez está viciado de nulidad absoluta, sustantiva, que deberá ser decretada de oficio".

Concluido por el sentenciador de segundo grado que el contrato cuya resolución deprecó la actora adolece de nulidad, cita y transcribe la sentencia de 1º de diciembre de 1981, en la cual la Corte precisa los límites dentro de los cuales se debe mover el fallador para declarar de oficio la nulidad absoluta de los actos y contratos.

Con fundamento en tales consideraciones termina confirmando la sentencia recurrida.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Contra la sentencia del Tribunal que se acaba de reseñar, ambas partes interpusieron el recurso de casación; mas, como se declaró desierto el interpuesto por la parte demandante y de los cargos formulados por el demandado únicamente se admitió el tercero, a este concretará su estudio la Corte.

Cargo tercero. Con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente acusa por vía indirecta la sentencia del Tribunal de violar el artículo 1746 del Código Civil, por interpretación errónea, proveniente de error de hecho en la apreciación del contrato de promesa de venta. Subsidiariamente y con fundamento en la

misma causal acusa la sentencia de ser violatoria, por falta de aplicación del artículo 884 del Código de Comercio, a causa de error de hecho en la interpretación de la cláusula quinta del mismo contrato.

Al desarrollar el cargo dice el censor, en la cláusula quinta del contrato de promesa cuya nulidad decretó el Tribunal, las partes acordaron un interés del 2.5% mensual "en caso de que, al vencerse el plazo estipulado el 31 de diciembre de 1980 el prometiente comprador no hubiese cancelado el saldo", cláusula que reflejaba la intención de las partes, y que "no fue tenida en cuenta ni interpretada por el Tribunal en su fallo acusado, lo cual lo llevó al error de aceptar una fijación del 1% mensual de intereses sobre el saldo materia de la devolución, que había señalado el Juzgado del conocimiento".

Ni el Juez de primera instancia ni el Tribunal al confirmar la decisión de éste, precisa el censor, expresan el fundamento que tuvieron para fijar una rata de interés del 1% sobre la devolución decretada; de allí que al desatentar el convenio de las partes consignado en la cláusula quinta, tal determinación resulta enteramente arbitraria.

Más adelante, con el propósito de demostrar la violación del artículo 884 del Código de Comercio, dice el censor que este artículo "indica que cuando en los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente. En el presente caso debe calificarse el Código de Comercio para el señalamiento de la rata o tipo de interés que debe producir a favor de la demandada la suma de $ 400.000 producto de la devolución del capital sobre la cuota que ella pagó ya que la operación estuvo pactada sobre bases mercantiles y en la cláusula 5ª del contrato de promesa de compraventa la prometiente compradora reconoció a favor de Rocío Ruiz un interés de tipo bancario corriente cual es el 2.5% mensual. En tales condiciones, dice a renglón seguido, no es dable fijar un interés mínimo del 1% como lo aceptó la sentencia acusada sin base alguna, sino que requiérese la aplicación del artículo 884 del Código de Comercio, que establece el interés corriente bancario y que no fue tenido en cuenta para nada por la sentencia acusada. Este error aparece de manifiesto al considerar la cláusula 5ª del contrato de promesa en donde las partes señalaron un interés corriente bancario".

El recurrente finaliza su acusación solicitando a la Corte que una vez casada la sentencia, si no considera aplicable automáticamente el interés acordado por las partes, ordene que la liquidación del interés que le debe pagar la demandante, junto con la devolución decretada, lo sea teniendo en cuenta al interés bancario corriente.

Se considera

1. De la sola lectura del cargo que se ha compendiado, *prima facie* aparece que en su formulación incurrió el censor en varias deficiencias técnicas que por sí solas lo hacen improspero.

En efecto, con arreglo a la síntesis del fallo acusado, el Tribunal confirmó la sentencia que decretó la nulidad del contrato de promesa de venta celebrado entre las partes y, consecuencialmente, condenó a la deman-

dante a pagar a la demandada la suma de $ 400.000 que ella recibió como abono al precio de la futura venta, así como también a cancelarle sobre dicha suma un interés del 1% mensual.

Ahora el recurrente en casación, por la vía indirecta, acusa parcialmente la sentencia por considerar que el Tribunal al fijar en un 1% la tasa de interés que debe pagar la demandante, infringió, por interpretación errónea el artículo 1746 del Código Civil y, subsidiariamente el 884 del Código de Comercio, por falta de aplicación, en uno y otro caso como consecuencia del error de hecho en que incurrió en la apreciación de la cláusula quinta del contrato de promesa, en la cual acordaron un interés mensual del 2.5% que es igual al interés bancario corriente.

2. Por lo que toca a la primera parte de la acusación, *el cargo no consulta las exigencias técnicas propias del recurso extraordinario, pues el recurrente no puede impugnar la sentencia del Tribunal, por interpretación errónea de la ley sustancial, fundado en desaciertos o errores cometidos en la apreciación de la prueba, pues como quiera que tal sentido de violación implica conformidad entre el impugnante y el juzgador respecto de la apreciación de la cuestión de hecho y por tanto, de los medios de convicción, se ha sostenido repetidamente por la jurisprudencia que el quebranto por interpretación errónea sólo puede presentarse por la vía directa y nunca por la indirecta, tal como lo plantea aquí el casacionista.*

Sobre este preciso punto ha sostenido reiteradamente la Corte:

"La interpretación errónea de la ley sustancial no puede presentarse, cuando la vía por la cual se pretende producido dicho quebranto es la indirecta, es decir, al través de errores de hecho o de derecho en que el sentenciador haya caído al apreciar la prueba. Pues si la errónea interpretación de una norma legal supone de suyo que ella era la adecuada a la situación de hecho juzgada, entonces es porque necesariamente existe conformidad entre el recurrente y el sentenciador respecto a la apreciación probatoria de la cuestión de hecho. A lo que el error en la apreciación probatoria conduce, es a la aplicación indebida o a la falta de aplicación. En síntesis, pues, tratándose de violación por la vía indirecta de la ley sustancial, al campo de impugnación por la causal primera de casación queda restringido a la falta de aplicación y a la aplicación indebida, mas siempre bajo el entendimiento primordial de que respecto de una misma norma ellas son incompatibles. Sentado todo lo anterior, bien se comprende que la naturaleza del recurso de casación, especialmente manifestado en cuanto a la claridad y precisión con que la demanda debe formular los cargos, exige particularmente que, cuando de la causal primera se trate, individualmente el censor de manera inconfundible por cuál de las modalidades indicadas se ha producido el quebrantamiento de las normas sustanciales que señale como destinadas, teniendo en cuenta que, según se observó atrás, todas ellas pueden operar cuando el quebrantamiento se ha producido por vía directa, y sólo las dos primeras, o sean la falta de aplicación y la aplicación indebida, cuando por la indirecta. No hacerlo así, —y a la postre ello equivale plantear la violación de una misma norma por más de una de dichas modalidades— equivale a dejar a la Corte en estado de perplejidad respecto a un punto que, como ese, es trascendental dentro de la

posición del cargo, y cuyo esclarecimiento y definición deja la ley exclusivamente a la iniciativa del recurrente, en ninguno a la Corte. Sabido es que la Corte no puede cumplir la tarea jurisdiccional que en cuanto a órgano de casación le compete, sino dentro del itinerario lógico que al proponer los cargos le fruce el recurrente, y que por ello no es dado completar o perfeccionar ese derrotero cuando resulte trunco o defectuoso" (Cas. Civil 29 de enero de 1970. T. CXXXIII, pág. 26 y 27).

3. De otra parte, *contrariando la independencia que se debe observar en la formulación, el recurrente involucra dos cargos en uno solo, siendo así que el artículo 374 del Código exige que lo sean en forma separada. Denuncia el censor en el mismo cargo violación indirecta del artículo 1746 del Código Civil por interpretación errónea y, subsidiariamente, con fundamento en la misma causal pero por concepto diferente, el artículo 884 del Código de Comercio. Y es bien sabido que, en casación, para que los cargos puedan llegar hasta el quiebre de la sentencia impugnada deben formularse en forma concreta y completa, como que no le es dado a la Corte, debido al carácter eminentemente dispositivo del recurso, integrar cargos unos con otros al separar los que vienen indebidamente integrados para formar así una acusación desacertadamente propuesta.*

Precisamente ha dicho esta Corporación refiriéndose a este aspecto de la independencia de los cargos: "Es la autonomía de los cargos y su individualidad propia lo que obliga considerar los varios propuestos como independientes los unos de los otros, sin que por tanto le sea dado a la Corte estudiarlos sucesivamente a efecto de complementar el uno con otro u otros, conducta esta que de otra parte contrariaría el procedimiento establecido en el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual debe estudiarlos sin otra prelación que la derivada de su orden lógico, absteniéndose de considerar los restantes si halla procedente alguno, salvo cuando el examen sucesivo de los cargos se haga necesario porque el que encuentra próspero sólo versé sobre parte de las resoluciones de la sentencia y se hubieren propuesto otros respecto de los demás". (Cas. Octubre 29 de 1973. G. J. T. CXLVII, pág. 96).

Como corolario de lo expuesto, el cargo no prospera.

Decisión

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 9 de mayo de 1983 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

MUTUO DISENSO TACITO

No tiene una regulación orgánica en el Código Civil. La jurisprudencia llena este vacío y para ello acude a los artículos 1602 y 1625 mas no al artículo 1546 que presupone un contratante cumplido. El mutuo disenso mantiene vigencia como mecanismo para disolver un contrato que se ha incumplido por ambas partes y ante la inocultable posición de no permanecer atado al negocio.

CONDICION RESOLUTORIA TACITA

Precisiones sobre los alcances del artículo 1546 del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

Bogotá, D.E., 16 de julio de 1985.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 25 de marzo de 1982, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso ordinario de Francisco Ruiz Mosquera contra Antonio Malaver, por virtud de la cual se revocó la de primer grado dictada por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Bogotá con fecha 23 de enero de 1981. En la de primera instancia se declaró probada la excepción de contrato no cumplido propuesta por el prometiente comprador demandado y se denegaron por falta del presupuesto demanda en forma las pretensiones de la demanda de reconvención. En la segunda instancia, objeto de la censura en casación, se declaró resuelto el contrato de promesa de compraventa a instancias del vendedor, sin indemnización de perjuicios, ante el supuesto de hecho de incumplimiento mutuo, y nada se dijo respecto de la demanda de reconvención.

I ANTECEDENTES

Ruiz Mosquera prometió vender a Malaver y éste se obligó a comprar un lote de terreno de aproximadamente tres hectáreas, denominado "Los Mosqueteros", ubicado en la parcelación San Antonio del Municipio de

Viotá, distinguido en el plano de la misma con el número 191, cuyos linderos se indicaron en el contrato de promesa y en las demandas. El precio fue la cantidad de $ 200.000. La promesa se suscribió el 5 de octubre de 1974 y en ella se estipuló que el pago se haría así: $ 50.000 el 1º de noviembre de ese año; $ 50.000 el 2 de enero siguiente; $ 50.000 el 1º de marzo y $ 50.000 el 1º de mayo fechas todas de 1975. Sobre las dos últimas cuotas se pagarían intereses al 1.5% mensual a partir del 2 de enero de ese año.

La escritura que perfeccionara el contrato prometido se debió otorgar el día 30 de mayo de 1975, a las 10:00 a. m., en la Notaría Once de Bogotá.

II. El litigio

1. En escrito de 10 de octubre de 1978, que por reparto correspondió al Juzgado Catorce Civil del Circuito de Bogotá, Francisco Ruiz Mosquera demandó a Antonio Malaver Ruiz, para que por los trámites de un proceso ordinario, se declare resuelto el contrato de promesa celebrado el día 5 de octubre de 1974, que se ordenen las restituciones de rigor y, por último, la condena en las costas del proceso.

2. Adujo el demandante, luego de referirse al contrato de promesa de compraventa, que el precio pactado fue de $ 200.000, que el prometiente comprador se obligó a pagar de la siguiente manera: "$ 50.000 el día 1º de noviembre de 1974; $ 50.000 el 2 de enero de 1975; $ 50.000 el 1º de marzo de 1975; y $ 50.000 el 1º de mayo de 1975. Sobre cada una de las cuotas de $ 50.000 por pagarse el 2 de enero y el 1º de marzo de 1975, el prometiente comprador pagará al prometiente vendedor un interés mensual del 1.5% que se causará a partir del día dos de enero de 1975, sobre los saldos insolutos". "El señor Antonio Malaver, no pagó los susodichos instalamentos en la forma y fecha convenidas en la promesa. En efecto, el prometiente comprador pagó al demandante las cuotas siguientes, así: $ 50.000 el día 24 denero de 1975; $ 5.000 el 11 de febrero de 1975; $ 45.000 el 21 de febrero de 1975; y $ 10.000 el 26 de agosto del mismo año. Por lo demás, tampoco pagó los intereses sobre los saldos insolutos en la forma convenida", y que con cargo al precio el prometiente comprador se comprometió a pagar "el saldo de capital correspondiente al crédito a favor de la Caja Agraria", que tampoco cumplió; que le hizo entrega a título de tenencia el inmueble prometido en venta; que el demandado no concurrió a la Notaría para otorgar la escritura pública respectiva; que la inejecución sistemática de las obligaciones a cargo del demandado es indicativa "de la retractación" por parte de éste; que la conducta del demandado fue causa para que él "desistiera de la celebración de la compraventa prometida"; y que todas esas circunstancias son suficientes para dar por desistido tácitamente el contrato por ambas partes.

3. El demandado, por medio de procurador judicial, se opuso a las pretensiones del actor. Aceptó unos hechos, negó todos aquellos que se referían al incumplimiento de su parte de las obligaciones de la promesa de compraventa. Afirmó, por el contrario, que el incumplimiento provino del demandante. Propuso las excepciones de "no cumplimiento del contrato" y "de inexistencia de la obligación y falta de título para demandar".

Así mismo, demandó en reconvención para que se declarara que con Francisco Ruiz Mosquera celebró el 5 de octubre de 1974 el contrato de

promesa de compraventa en el que se pactó como precio la suma de $ 200.000, que pagó en su totalidad así: "El día 5 de octubre de 1974 la suma de $ 50.000. El día 24 de enero de 1975 la suma de $ 50.000. El día 11 de febrero de 1975 la suma de $ 50.000. El día 21 de febrero de 1975 la suma de $ 45.000. El día 26 de agosto de 1975 la suma de $ 10.000". Que Ruiz Mosquera "está obligado a otorgar los títulos de propiedad", o sea, suscribir la escritura pública de compraventa correspondiente. Como hechos señaló, básicamente, que cumplió con todas las obligaciones nacidas del contrato en referencia: pago del precio y concurrencia a la Notaría.

4. A la demanda de reconvención se opuso Ruiz Mosquera. Negó que Malaver Ruiz hubiese pagado el precio en la forma convenida, que apenas cubrió la suma indicada en la demanda principal, y que tampoco aquél se presentó a la Notaría escogida para otorgar la escritura respectiva.

La demanda de reconvención invoca como causa para pedir que el demandado prometiente comprador cumplió en exceso su obligación de pagar el precio y que concurrió a la Notaría en el día y hora dichos y que, por tanto, el único incumplido ha sido el prometiente vendedor. Con fundamento en ello solicita se condene a éste a cumplir la promesa.

III. Las sentencias de instancia

La sentencia de primera instancia denegó las súplicas de la demanda principal con fundamento en que el demandante también había incumplido, motivo por el cual declaró próspera en favor del demandado la excepción de contrato no cumplido, "situación que relevó al demandado del cumplimiento de sus propias obligaciones" (folio 81). Y en cuanto a la demanda de reconvención el Juzgado se declaró inhibido para fallar en el fondo por estimar que carece del requisito formal, por no ser lo pedido objeto de proceso ordinario.

De esta decisión apeló exclusivamente el demandante, lo cual implica que el demandado se conformó con el fallo inhibitorio recaído a su pretensión.

El Tribunal revocó el fallo apelado con fundamento en la siguiente argumentación: "Considera la Sala que en el caso *sub judice* se patentiza el incumplimiento del contrato por parte del demandante y en parte por el demandado. Lo cual no es óbice, según los planteamientos estudiados y acatando la doctrina más reciente de la Corte (la del mutuo disenso de 5 de noviembre de 1979), para acceder a decretar la resolución del contrato, ya que la excepción de contrato no cumplido, no alcanza a enervar el decreto de las prestaciones mutuas respectivas. Sólo da lugar para no decretar perjuicios por la mora". Sobre la demanda de reconvención el *ad quem* tuvo ocasión de referirse en la parte motiva de la sentencia, en los términos que se señalarán más adelante.

IV. La demanda de casación

Tres son los cargos que el recurrente formula contra la sentencia de segundo grado, todos al amparo de la causal primera del artículo 368 del

Código de Procedimiento Civil, que la Corte ha de estudiar no en el orden presentado sino de acuerdo a la lógica de un pronunciamiento.

Primer cargo. Estima el censor que el Tribunal dejó de aplicar los artículos 89 de la Ley 153 de 1887, 1546, 1609, 1610, 1613 a 1617, 1603, 1604, 1605, 1608, 1502, 1602, 1551 a 1555, 1139 del Código Civil, 223 del Decreto 960 de 1970, 1857, 1861, 1862, 1880, 1881, 1882, 1884, 1887, 1889, 1893 a 1913, 1914 a 1927, 1929 del Código Civil, 861, 822, 870, 871, 922, 924, 925, 928, 942 del Código de Comercio, 174, 304, 305, 306, 392, 501 del Código de Procedimiento Civil.

Para el casacionista el Tribunal, no obstante haber expresado en la parte motiva de la sentencia su conformidad con las apreciaciones del *a quo* de que la demanda de reconvención propuesta por el demandado contiene una indebida acumulación, dejó, al momento de fallar, sin piso la decisión inhibitoria contenida en la sentencia de primer grado, por cuanto la revocó sin pronunciarse sobre el particular. Para el censor la solución hubiera sido la de "reconocer la excepción de incumplimiento que alegó el demandado y de prosperidad de las pretensiones de su contrademanda".

Concluye en este cargo que el Tribunal incurrió en error judicial *in iudicando* "toda vez que su actitud constituye yerro de derecho al desconocer la vigencia de las normas prenombradas constitutivas de la premisa mayor del silogismo, cuya inaplicación se traduce en desconocer, en primer lugar, la validez de los contratos".

SE CONSIDERA

1. Observa la Corte que frente al pronunciamiento inhibitorio del *a quo* el demandado no se opuso, guardó silencio, esto es, no demostró su inconformidad, quizá asistido de la circunstancia de que había prosperado la excepción de contrato no cumplido, que en su posición procesal le era favorable; pero lo cierto es que esa conducta se ha de reflejar, también, en una consecuencia: la aceptación al calificativo y estimación dado por el Juzgado de instancia de inepta a la demanda de reconvención, que pretendía el cumplimiento o ejecución del contrato. Entonces, esta decisión quedaba al margen de la apelación, cualquiera que hubiera sido la decisión del *ad quem*, por cuanto no podía ser objeto, luego, de impugnación posterior al haber concluido en este punto específico cualquier inconformidad.

2. Mas no podía infringir el Tribunal las normas acusadas puesto que al decidir sobre la disolución del contrato, incorporaba, así mismo, todos los argumentos para desestimar la demanda de reconvención que se dirigía en sentido opuesto, vale decir, para deprecar el cumplimiento de la promesa de compraventa. Por eso, en la parte motiva expresó su conformidad con el pronunciamiento inhibitorio del juzgador de primera instancia, sin referirse en la resolutiva al punto reconvenido. Con todo el Tribunal fijó los alcances de la contrademanda cuando dijo:

"Interpretando en la forma más favorable la demanda se colige que en su petición primera solicita una declaración de cumplimiento, cuya tramitación corresponde encasillarla dentro del procedimiento ordinario. Y en las

súplicas posteriores propuestas de manera antitécnica ejercita acciones tendientes a la ejecución naturaleza (sic) de una obligación de hacer".

3. Además, el ataque que se hace en este cargo se dirige a mostrar la violación directa de las normas sustanciales mencionadas en la censura, esto es, que se infringieron los preceptos acusados con prescindencia de cualquier factor probatorio que hubiera jugado un papel importante en la decisión del Tribunal. Y tal como está planteada la impugnación ello no es posible, porque si se persigue que se reconozca la excepción de contrato no cumplido y la prosperidad de las pretensiones contenidas en la demanda de reconvención, habría que combatirse la sentencia por la vía indirecta atendida la conclusión a que llegó el *ad quem* para sostener el mutuo incumplimiento y la consiguiente disolución del contrato de promesa de compraventa, cuya validez reconoció.

Impróspero el cargo.

Tercer cargo. Estima el recurrente, que se han violado los artículos 1602 y 1546 del Código Civil, por indebida aplicación y por falta de aplicación de los artículos 1546 en cuanto autoriza pedir el cumplimiento del contrato, 89 de la Ley 153 de 1887, 1609, 1610, 1613 a 1617, 1603, 1604, 1605, 1608, 1502, 1551 a 1555, 1128, 1857, 1861, 1862, 1880, 1881, 1882, 1884, 1887, 1889, 1893 a 1913, 1914 a 1927, 1929 del Código Civil; 223 del Decreto 960 de 1970, 861, 822, 870, 871, 922, 925, 928, 942 del Código de Comercio; 174, 304, 305, 306, 392, 501 del Código de Procedimiento Civil. Para el casacionista el Tribunal incurrió en evidente error de hecho en la apreciación de las siguientes pruebas:

a) De mutuo disenso de las partes;

b) De inexistencia del testimonio de Ruth Ramírez de Saldedo y María Mélida Uribe Mejía;

c) De interpretación errónea de la demanda de reconvención, y

d) De interpretación errónea de las cláusulas del contrato de promesa de compraventa.

Para el censor, la conclusión de "desistencia del contrato de promesa de compraventa está apoyada en fundamentos erróneos de apreciación de las pruebas, puesto que la conducta mostrada por el demandado fue la de que se cumpliera el negocio prometido, tal como se aprecia con las declaraciones aportadas al proceso, la de pago y la de su concurrencia a la Notaría 11 de Bogotá, acordada para el otorgamiento de la escritura pública respectiva". Así mismo se queja de que el Tribunal vio una confesión que no existe en el proceso, la del demandado y, en cambio, no reparó en la del demandante, y que lo llevó al yerro anotado. Y, luego, afirma:

"*Al no existir la prueba del mutuo incumplimiento y deducir de él la recíproca voluntad de terminar el contrato, se hacía imperativo valorar la promesa de compraventa y tomar en cuenta el orden en que las prestaciones debían cumplirse en el tiempo. Se habría encontrado, entonces, que antes de concurrir a la Notaría el prometiente vendedor debía suministrar unos documentos al prometiente comprador y él confiesa que no los entregó. De manera que quien primero incurrió en mora fue el vendedor. Por consiguiente, debía prosperar la excepción alegada por el demandado y prosperar, además, su demanda de reconvención. Eso no ocurrió ante los errores*

ocasionales de hecho del sentenciador, entre otros al apreciar la precitada promesa. El fallador no vio sino las obligaciones de concurrir a la Notaría. Pero en primer lugar, en el texto está claro que las prestaciones tenían un desarrollo en el tiempo y, en segundo, que el prometiente comprador demostró que concurrió a la Notaría, prueba configurada por su propio dicho y el de la testigo María Mélida Uribe Mejía, pruebas idóneas para demostrar el hecho ya que la ley no exige prueba solemne para acreditarlo".

Para el recurrente el incumplimiento, en orden a los deberes contractuales, provino del demandante, mas no del demandado. Y mal hizo, entonces, el Tribunal, en dar cabida a la resolución del contrato, cuando se estaba frente a situaciones fácticas y de derecho, que permitían una solución acorde con la demanda de reconvención.

Se considera

1. *Es sabido que el mutuo disenso es una forma de disolución de un contrato por voluntad concordante de las partes. Pero esta forma de destrucción del vínculo surge cuando se acuerda por los otorgantes (será entonces mutuo disenso expreso) o cuando el querer de los contratantes, que inicialmente se expresa para crear el nexo negocial, se dirige en sentido contrario y negativo, sin declaración de voluntad directa sobre el particular (será mutuo disenso tácito). Uno y otro muestran su fundamento práctico en la conveniencia recíproca de anonadar el vínculo jurídico por motivos sobrevinientes, pero con la diferencia de que cuando la voluntad se expresa por las partes, en ese sentido, los actos realizados guardan correspondencia con la disolución del negocio, en las condiciones que ellos mismos precisan, mientras que en el tácito, no se dan los instrumentos definitorios por los otorgantes.*

2. *El mutuo disenso tácito no tiene una regulación orgánica en el Código Civil, que permita determinar sus efectos o la forma de llegar al aniquilamiento del negocio jurídico. Tan solo queda abierta la regla general de la disolución del nexo jurídico creado. Empero, ante ese vacío normativo, no se pueden dejar sin solución aquellas situaciones que dan a comprender un abandono recíproco de las prestaciones. El esfuerzo que se haga por darle una aplicación tiene que consultar la realidad jurídica del país y, en particular, la conveniencia del tráfico, porque si se celebra un contrato es para cumplirlo; pero si, en el evento del comportamiento posterior de los contratantes, se da a entender lo contrario, no puede quedar estancado sino que requiere la intervención del Juez, a falta de una fórmula especial.*

3. *¿Y cómo se ha de alcanzar, entonces, la intervención judicial? Hay que pensar que no es el artículo 1546 el que confía en preceptiva para encontrar la solución, porque este texto legal gobierna de manera concreta la forma sustancial de liberarse del negocio como corolario de que el que no cumple le permite al otro demandar la destrucción del vínculo, con la exigencia de los perjuicios. El incumplimiento de un contratante legitima la pretensión de resolución. Por eso, el instituto de la resolución, consagrado en el artículo 1546, no puede aplicarse a los casos de incumplimiento recíproco, que supone un desinterés por mantener las consecuencias del contrato.*

Es que el artículo 1546 está montado sobre la base de que si un contratante contraviene lo pactado da derecho para instar la resolución o el cumplimiento: ¿y a quién le concede esa facultad? Sencillamente al otro contratante que ha aportado una conducta jurídica, esto es, de parte cumpliente. No cabe duda alguna, que la acción alternativa que enuncia la norma en comento sólo se ofrece para el contratante que ha observado, dentro del marco negocial o legal, las obligaciones a su cargo. Por esa misma razón se permite, como consecuencia inevitable, que se reclamen los perjuicios, a manera de compensación por los menoscabos patrimoniales que se derivan de la inobtención de los resultados. Es la función equilibradora de la resolución que se entiende en beneficio del que ha cumplido.

4. Cuando se dan las circunstancias de desatención, recíprocamente imputables a ambas partes, deberá acudirse al artículo 1602, en cuanto previene que un contrato puede invalidarse o, mejor, disolverse por el consentimiento mutuo; esto es, para convenir que cuando se ofrece el incumplimiento recíproco, por las conductas negativas de los contratantes, pueda alguna de ellas, no permanecer vinculada a un negocio. Entonces, las prestaciones, contenido propio del contrato, deben ser atendidas en su dimensión exacta, para volver las cosas a la situación anterior. Si el mutuo disenso quedare excluido de cualquier intervención judicial, haría difícil que las prestaciones se restituyeran recíprocamente, con el mantenimiento de un negocio en que las partes han dado muestra de todo lo contrario; de no conservarlo, de deshacerlo. Así, pues, se ha de encontrar el camino para que el contrato se disuelva por los medios judiciales.

5. Es un avance importante: a través de precisar el comportamiento contractual se puede saber si permite romper el nexo jurídico creado o, por el contrario, impide una solución en este orden. El mutuo disenso, pues, recoge un aspecto de indiscutible relevancia, para ponerle fin a un contrato.

6. La Corte, en un verdadero esfuerzo de actualización de las normas jurídicas a la realidad social, particularmente con el auge de las promesas de compraventa, encontró en el llamado instituto del mutuo disenso una solución a los grandes problemas que se originaban en las desatenciones recíprocas y en sentencia de 5 de noviembre de 1979 dijo:*

"Entonces, cabe preguntar ¿cuál es el correctivo jurídico que tienen las partes contratantes para aniquilar una convención bilateral cuando ambas incumplen con sus respectivas obligaciones, especialmente, cuando debieron cumplirse coetánea o simultáneamente y así no sucedió?

Así como el contrato surge de un concurso de voluntades, los mismos contratantes, como norma general, pueden mediante mutuo consentimiento dejarlo sin efecto, pues según el artículo 1602 del Código Civil "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". Del texto de este ordenamiento se desprende que si bien toda relación contractual

---

* El fallo de noviembre 5 de 1979 se transcribió en J. y D., tomo VIII, págs. 940 a 951. La Corte, con el fallo de ahora, retoma su jurisprudencia tradicional y deja a un lado las interpretaciones que hizo en sentencia de diciembre 7 de 1982, tomo XII, págs. 194 a 204. (N. del D.).

vincula vigorosamente a sus participantes, no es óbice para que la convención celebrada quede sin efectos, ora por acuerdo de las partes, ya por los motivos previstos en la ley.

La primera forma de disolución del contrato autorizado por la ley, que otros denominan "mutuo disenso", "rescisión" o "distracto contractual", es la prerrogativa que asiste a las partes, fundada en la autonomía de la voluntad, para deshacer y desligarse del contrato entre ellos celebrado. Fundados en el mismo principio, pueden mutuamente extinguir sus obligaciones, tal como lo enseña el primer inciso del artículo 1625 del Código Civil, en cuanto dice que "toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consienten en darla por nula".

La disolución del contrato por mutuo disenso puede provenir de un consentimiento expreso o también tácito. La primera forma no requiere de la intervención judicial, como quiera que la disolución se produce por el acuerdo expreso; en cambio, la segunda sí requiere de decisión judicial. Esta última manera de disolverse el contrato se da ante la recíproca y simultánea enajenación o incumplimiento de las partes con sus obligaciones contractuales, pues la conducta reiterada de los contratantes de alejarse del cumplimiento oportuno de sus obligaciones, sólo puede considerarse y, por ende traducirse, como una manifestación clara de anonadar el vínculo contractual.

En efecto, si los contratantes al celebrar la convención lo hacen inspirados en el cumplimiento mutuo de las obligaciones nacidas de ella, la posición tacuda y recíproca de las partes de incumplir con sus obligaciones exterioriza un mutuo disenso de aniquilamiento de la relación contractual. Esto es así, porque no es propósito de la ley mantener indefinidamente atados a los contratantes cuyo comportamiento, respecto de la ejecución de las obligaciones, sólo es indicativo de disentimiento mutuo del contrato". (G. J. CLIX, 314).

7. Por todo lo dicho, el mutuo disenso mantiene toda vigencia como mecanismo para disolver un contrato que se ha incumplido por ambas partes y ante la inocultable posición de no permanecer atado al negocio; la intervención, pues, del Juez se impone para declarar lo que las partes en una u otra forma han reflejado: desatar el vínculo para volver las cosas al estado que existía al momento de su celebración.

8. Todas estas reflexiones van dirigidas a hacer las precisiones sobre los alcances del artículo 1546, puesto que se ha sostenido que las acciones que surgen de este precepto también están conferidas al contratante incumpliente, lo que no se ajusta a la normatividad civil. Don Andrés Bello fue armónico en el señalamiento de la demanda alternativa por incumplimiento, siempre en favor del contratante cumpliente, que se remonta al proyecto del Código Civil chileno de 1853, cuando introdujo el equivalente al artículo 1546 con el siguiente texto: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución, o si no fuere posible cumplirlo, la indemnización de perjuicios". Para luego dejar en su redacción, el actual, "en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por

uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios". Algo más: no es solo en la norma en cita donde se plasma el pensamiento del autor del articulado civil sino que en el artículo 1939 se puede reiterar la voluntad de la ley en este aspecto cuando dispone que "si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios". O bien del contenido del artículo 1882, cuando al fijar el momento y el lugar en que el vendedor debe cumplir su obligación de entrega deja abierta la vía para que el comprador pueda a su arbitrio o perseverar en el contrato o desistir de él, en ambos casos con perjuicios, siempre que el comprador haya pagado o esté pronto a pagar el precio íntegro o el estipulado a plazo.

9. Es decir, el Código Civil, es afirmativo y contundente en ubicar el fenómeno de la resolubilidad o del cumplimiento del contrato en cabeza de la parte que ha estado puntual para atender las prestaciones a su cargo. Y en este aspecto, como en otros, se acercó al Código Napoleónico de 1804, que en el artículo 1184: "La condición resolutoria está siempre subentendida en los contratos sinalagmáticos para el caso en que una de las partes no satisfaga su compromiso. En este caso el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte a cuyo respecto el compromiso no se ha ejecutado, tiene la acción de forzar a la otra ejecución de la convención cuando es posible, o de pedir la resolución con daños y perjuicios. La resolución debe ser demandada judicialmente y puede ser acordado al demandado un plazo según las circunstancias".

Se cierra, por tanto, el camino para resolver un contrato bilateral o para exigir su cumplimiento, si se está frente a una situación sustancial definida de desatención recíproca y simultánea. En cambio si un contratante no atiende su compromiso se resiente el otro que sí lo ha hecho. Para salvar, entonces, ese obstáculo negocial doriene la resolución o la exigencia del cumplimiento, con perjuicios.

10. Por otro lado, la excepción de contrato no cumplido surge, en un primer momento, como una defensa indescartable o indiscutible en el campo de aspiración de la ejecución plena de un negocio. De ahí que se diga que en los contratos bilaterales ninguna de las partes esté en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumpla o se allane a cumplirlo. Sostener que el artículo 1609 hace posible que el artículo 1546 adquiera aplicación para las situaciones de incumplimiento correlativo es cuestión diferente. Una cosa es que ante la no concurrencia de la mora no se pueda reclamar más allá de lo que se obtiene de las conductas antijurídicas recíprocas y otra la de afirmar que se puede destruir el vínculo jurídico o exigir el cumplimiento, sin perjuicios, que se excluyen por razones de la misma convergente mora, puesto que el interés de la prestación, propio del acreedor, no encuentra respuesta positiva por las desatenciones mutuas. En otras palabras, no sirve el artículo 1609 de argumento para disciplinar la resolución de un contrato que es incumplido por las partes, puesto que, como ya se dijo y con apoyo en el artículo 1546, sólo se confiere al contratante cumplidor frente al incumplidor, salvo en aquellos casos de contratos con obligaciones no simultáneas, en los que se establece un orden de ejecución

de prestaciones para cumplirse en los términos convenidos, en cuya fuente el que contrae un previo compromiso y no lo atiende concede al otro la oportunidad para imponer la resolución, si lo prefiere o defenderse ante las pretensiones de aquél, con los instrumentos concedidos en el artículo 1609 o exigir el cumplimiento del contrato. Y tiene que ser así si se entiende que cuando se crea un vínculo jurídico es para comprometer prestaciones y para que se obtengan las satisfacciones patrimoniales, de acuerdo a la voluntad expresada.

11. *No puede existir duda alguna que a través de una promesa de compraventa surge como obligación propia la de hacer el contrato. De manera inequívoca el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 así se pronuncia, que se concreta, entratándose de un inmueble el objeto de la prestación prometido, a otorgar la escritura pública correspondiente. Por eso las partes, al moldear el negocio tienen que adoptar las previsiones encaminadas a que se pueda cumplir lo pactado. Sin embargo, y es frecuente que en una promesa de compraventa se establezcan cláusulas que forjan unos factores de condicionamiento particulares y que permiten consagrar compromisos para las partes de diversa índole, para ser cumplidos en la forma prevista, pero la más de las veces convergentes con el negocio prometido; así, por ejemplo, al regular el precio, que lo será también de éste, se disciplina la forma de pago, unas veces por instalamentos, otras para cubrirse al momento de suscribir la escritura y, en fin, de modo variado, según el querer de los contratantes. Igualmente, se hacen referencias y precisiones sobre la entrega del bien, ora que se anticipe al perfeccionamiento de la venta, o que se haga para ese momento o con posterioridad. Suelen, además, regularse algunos mecanismos para la efectividad del negocio, bajo el entendimiento, y así ha de ser, que se indiquen las pautas para su realización.*

Por eso, las obligaciones convencionales pueden alterar la característica de simultaneidad que se observa en la promesa de compraventa de inmuebles, en cuanto al incorporarse otros factores de atención negocial, determinan la forma de cumplimiento, que para cada caso debe ser apreciado en el orden pactado para precisar el cumplimiento del negocio jurídico, bajo el necesario supuesto de ser compromisos que inciden, a su vez, en la obligación de hacer, propia de las promesas de contrato.

12. *Pues bien, la promesa de compraventa de inmuebles supone la obligación propia y simultánea de otorgar la escritura pública respectiva, y de la que no deja duda debe cumplirse, so pena de que su desatención permita al que sí ha estado presto a hacerlo y atendidas todas las obligaciones convencionales, para deprecar la resolución o exigir el cumplimiento, y, como es obvio, si los prometientes se apartan de ese designio contractual no les será permitido acudir al artículo 1546, si se trata de un negocio civil o al artículo 870 del Código de Comercio, si versa sobre una promesa mercantil, para instar la resolución. Pero, eso sí, y tal como se ha venido afirmando a lo largo de esta providencia, atendidas las posiciones de las partes, se abre paso la disolución de incumplimiento recíproco, o sea, la aplicación del mutuo disenso tácito.*

13. Descendiendo al asunto *sub examine*, el Tribunal, al revocar la decisión del *a quo*, rechazó la excepción de contrato no cumplido porque entendió que ambos contratantes desatendieron el compromiso de suscribir

la escritura pública que perfeccionara la promesa por haber visto la voluntad recíproca de disolución del negocio. Es decir dio aplicación al mutuo disenso tácito.

14. Pero el censor se duele de que el Tribunal convino en la resolución por mutuo disenso sin tener de presente que fue el demandante el que incumplió el contrato porque no concurrió a la Notaría escogida para otorgar el instrumento público de compraventa, como lo reconoció en la demanda y en la contestación de la demanda de reconvención, mientras que el demandado atendió sus compromisos, pago del precio de la cosa prometida y comparecencia a la Notaría en la oportunidad pactada. Entonces, para el recurrente no se podía disolver el contrato porque hubo cumplimiento de las obligaciones por el prometiente comprador.

15. Sin embargo, las apreciaciones del casacionista no encuentran respaldo probatorio en el proceso. No hay constancia de su comparecencia a la Notaría, ni que pagara la suma de dinero que desde la contestación de la demanda ha sostenido, y sobre estos factores negociales persigue señalar el error evidente de hecho, en que incurrió el Tribunal. ¿Estuvo el demandado en la Notaría? No está la prueba pertinente. Con la declaración de María Mélida Uribe Mejía, pretende acreditar este hecho, pero ésta nada dice en concreto sobre este punto sino que "como secretaria del señor Malaver siempre estoy pendiente de todas las citas que él tenga para recordarle, en esa fecha lo hice habiéndome comentado el señor Malaver que había acudido a ella y al llegar a la Notaría señalada, se encontró con que el señor Francisco Ruiz no había acudido, eso fue lo que me comentó el señor Malaver". Como se advierte al rompe no es un testimonio que se concrete a la comparecencia sino al dicho de Malaver, que en manera alguna puede suplir la constancia notarial de presentación, lo que indica que el Tribunal, en modo alguno, cayó en el error de apreciación probatoria alegada.

16. *Y es evidente que la obligación de hacer que surge de las promesas de compraventa de inmuebles encuentra su mayor precisión en la comparecencia a la Notaría para el otorgamiento de la escritura pública. Por tanto, cuando se incorporan otros compromisos en un negocio de policitación no permite mermar la obligación de hacer el contrato prometido. Los convenios, por tanto, sirven para fijar las relaciones entre los contratantes, sin alteración del objeto central de la prestación.* Y tal como lo vio el Tribunal, ninguna de las partes contendientes en este proceso asistió a cumplir con la obligación a su cargo ni dieron muestra de reiterar la voluntad de vinculación. El demandante adopta una enfática posición, que se aprecia desde el libelo inicuetivo, de no otorgar la escritura, con el pretexto de que el prometiente comprador no pagó las cuotas del precio, en la forma convenida. El demandado no es contundente sobre el particular; pero lo cierto es que con la insistencia que sí concurrió a la Notaría, sin demostrar esa circunstancia fáctica, refleja, del mismo modo, un inequívoco incumplimiento que no permite apreciar, por esa persistente actitud, la voluntad de estarse al negocio, y que para no dejar estancada la promesa pertinente, como lo vio el Tribunal, fue conducente, pues, deprecar su disolución.

17. Entonces, no infringió el Tribunal norma sustancial alguna, ni erró en la apreciación del material probatorio aportado. Además de acoplar

su decisión a la corriente jurisprudencial del momento, dio a los textos legales que apreció, para decretar la disolución de la promesa tantas veces aludida, el entendimiento del caso. Por tanto, esto sería suficiente para advertir que el *ad quem*, para llegar a la conclusión del mutuo disenso, no erró como lo afirma la censura.

18. En cuanto al segundo yerro, que el casacionista le endilga a la sentencia de segundo grado, de que el demandado prometiente comprador sí pagó el dinero señalado como precio del inmueble prometido, el proceso se resiente de todo lo contrario; que no cumplió con la cláusula del contrato que regulaba el asunto, porque si bien es cierto que en los escritos de contestación de la demanda y de reconvención alegó haber pagado en exceso el precio, también lo es que reconoció haber pagado la suma de $ 50.000 el día 24 de enero de 1975; $ 5.000 el día 21 de febrero de 1985; $ 10.000 el 26 de agosto de 1975, "para un total de doscientos cinco mil pesos" (folio 13 del cuaderno del juzgado).

19. Y quizá en el reconocimiento o mención de la suma de dinero pagado, pudo el Tribunal haber incurrido en un error en su conclusión cuando dijo: "Por tanto, el demandante debe entregar al demandado la cantidad de doscientos mil pesos ($ 200.000), más los intereses legales desde la formulación de la demanda, hasta que el pago se efectúe; el demandado debe entregar al demandante el inmueble materia de la promesa de venta, más los frutos naturales y civiles desde la formulación de la demanda que se hayan producido, hasta el día en que el pago se verifique" que lejos de afectar al demandado principal, lo beneficia frente a las restituciones que han de hacerse y que por no haberse mostrado inconformidad ninguna por el demandante se tendrá que dejar como fuera apreciado por el *ad quem*.

El cargo, por lo dicho, no prospera.

Segundo cargo. Se formula con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por la vía directa, "por aplicación indebida de los artículos 1602 y 1546 en cuanto autoriza la resolución del contrato por incumplimiento del Código Civil por falta de aplicación de los artículos 1546 en cuanto autoriza pedir el cumplimiento del contrato, 89 de la Ley 153 de 1887, 1609, 1610, 1613 a 1617, 1603, 1604, 1605, 1608, 1502, 1551 a 1555, 1139, 1857, 1861, 1862, 1880, 1881, 1882, 1884, 1887, 1889, 1893 a 1913, 1914 a 1927, 1929 del Código Civil; 223 del Decreto 960 de 1970, 861, 822, 870, 871, 922, 925, 928, 942 del Código de Comercio; 174, 304, 305, 306, 392, 501 del Código de Procedimiento Civil".

Sostiene el recurrente que por un lado el Tribunal reconoció que el demandado, como prometiente comprador, pagó al demandante las sumas de dineros mencionadas, para concluir equivocamente que hubo incumplimiento recíproco. Insiste en que el demandado cumplió a cabalidad "luego si asaes la realidad, llevada, repito, al proceso, porque eso fue lo que en verdad sucedió, no podía el Tribunal afirmar que hubo mutuo disentimiento de las partes en no querer continuar con el contrato, consentimiento expresado en su conducta de incumplimiento, como lo dice, de concurrir a la Notaría 11, para aplicar el artículo 1602 del Código Civil y deducir, como consecuencia, que el recíproco parecer de las partes era deshacer su vínculo

jurídico constituido por la promesa de compraventa y, como resultado, estar obligada cada una a devolver lo que recibió".

Afirma, así mismo, que "el Tribunal incurre así en yerro al relacionar la situación de hecho procesal con el supuesto fáctico previsto en el citado artículo 1602 y hacerle producir la consecuencia jurídica que ante su ocurrencia él prevé: el acuerdo de las partes para deshacer el contrato".

Se considera

1. Es cierto, como lo observa el censor, que el Tribunal partió de la consideración de que el prometiente comprador pagó todo el precio pactado, que como se dijo al despachar el cargo anterior apoyado en equivocada apreciación de las pruebas aportadas al proceso, pero que no puede ser materia ahora de estudio por no haber sido atacada en casación. Empero, también lo es que para llegar a declarar la disolución del contrato entendió, el sentenciador de segundo grado, que la promesa se había incumplido por las partes en lo que atañe a la obligación de concurrir a la Notaría para la celebración de la compraventa. Es decir, sobre apreciaciones de índole probatoria sentó las conclusiones el *ad quem* y sólo cuando se demuestre el error en que hubiera incurrido sobre la apreciación de las pruebas daría oportunidad para atacar la decisión.

2. En esas circunstancias el cargo no podía formularse por la vía directa sino la indirecta, como lo hizo el recurrente en el tercero, en cuyo examen la Corte hizo el estudio de fondo sobre el asunto planteado.

3. Lo anterior es suficiente para rechazar el cargo.

Resolución

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de fecha 25 de marzo de 1982, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Costas a cargo del recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Fuentes: Responsabilidad directa o por el hecho personal. Responsabilidad directa por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otra. Responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas o por actividades peligrosas. Prueba de la culpa y exoneración de culpa.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

Bogotá, D. E., 16 de julio de 1985.

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 29 de octubre de 1983, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en este proceso ordinario adelantado por José Dolores Erazo Villota contra Leonor Narváez de Arias.

Antecedentes

1. Mediante libelo que en repartimiento correspondió al Juzgado Promiscuo del Circuito de Tumaco, el demandante solicitó que frente a la demandada se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1ª Que la demandada Leonor Narváez de Arias es civilmente responsable de los perjuicios ocasionados por la destrucción de su camión Dodge, modelo 1979, de placas NV 6792, a causa del choque o colisión provocado por el conductor del furgón Dodge 300, modelo 1979, de placas NV 6377, hecho ocurrido en las horas de la madrugada del 20 de septiembre de 1980, en la calle del Comercio de Tumaco.

2ª Que como consecuencia de tal declaración se la condene al pago de un millón de pesos ($ 1.000.000) por daño emergente, equivalente al valor del vehículo destruido; y un millón de pesos ($ 1.000.000) por concepto de lucro cesante o el valor que se probare en el proceso y sea tasado por peritos; y

3ª Que se condene igualmente a la demandada al pago de las costas del proceso.

II. Como constitutivos de la *causa petendi* el demandante expuso los hechos que se compendian así:

1º Que es dueño y poseedor de un camión marca "Dodge", modelo 1979, tipo estacas, color amarillo, D-300, serie DT 939807, provisto de chasis 135 y de motor número 939807013 y distinguido con placas número NV 6792 y matrícula número 0151.

2º A su vez, la demandada Leonor Narváez de Arias es propietaria de un vehículo tipo "Furgón", marca "Dodge" 300, modelo 1979, color amarillo, provisto de motor número 905713013, y distinguido con las placas número NV 6377.

3º En la noche del 19 de septiembre de 1980, el vehículo de su propiedad se hallaba debidamente estacionado muy cerca a su casa situada en la calle "El Comercio" de la ciudad de Tumaco, cuando a eso de las tres y media de la madrugada, el "furgón" de propiedad de la demandada, operado por su conductor en completo estado de embriaguez y como consecuencia de su inalificable imprudencia, chocó violentamente contra el suyo, causándole tan graves averías y destrozos que no admite reparación, no obstante su reciente retiro de la agencia.

4º A consecuencia de los daños causados a su vehículo, ha sufrido serios perjuicios económicos que comprenden: el daño emergente que estima en un millón de pesos por la destrucción total del automotor y el lucro cesante que se concreta en la cantidad de dinero dejado de percibir desde la fecha de destrucción hasta cuando se verifique el pago y que también estima en un millón de pesos.

5º La colisión a causa de la cual se le ocasionaron los daños que demanda se debió a los actos imprudentes del conductor del "furgón" de la demandada, como fueron: la carencia de pase o licencia para conducir, el avanzado estado de embriaguez al momento de la colisión, los cuales generan culpa "in eligendo" y que están consignados en el acta de informe del accidente levantada por la Inspección de Transportes y Tránsito de Tumaco, el 20 de septiembre y en el croquis que se hizo en la respectiva diligencia de inspección judicial verificada a los vehículos en el lugar de los acontecimientos.

III. La demandada, oportunamente formuló oposición a las pretensiones del demandante y en cuanto a los hechos dijo desconocer algunos y aceptó otros como ser la dueña del "furgón" con el cual se causaron los daños y porque toca a la autoría material explica que el vehículo no lo manejaba en ese momento Jorge Sánchez, quien es el encargado de la conducción y quien tiene su licencia correspondiente, sino José Luis Herrera quien "...abusivamente cogió el furgón para manejarlo sin pase y en estado de embriaguez, ocasionando el accidente que se pretende atribuir como base de responsabilidad extracontractual".

IV. La instancia finalizó con sentencia desestimatoria de las pretensiones pero el Tribunal, al decidir la apelación interpuesta por el demandante, la revocó y en su lugar, como consecuencia de la responsabilidad que

la dedujo, condenó a la demandada a pagarle al actor la suma de $ 700.000 por concepto de daño emergente e *in genere* al lucro cesante, además de las costas.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. Tras narrar los antecedentes del litigio, precisar los términos como se trabó la relación procesal y la forma como lo dirimió el *a quo*, el Tribunal sienta como premisa la de que por estar satisfechos los presupuestos procesales su decisión también será de fondo.

Como según los fundamentos fácticos consignados en la demanda los perjuicios cuyo resarcimiento pretende la demandante a través de este proceso, fueron ocasionados por la colisión de dos automotores y como la conducción de éstos se ha considerado como actividad peligrosa, antes de emprender el análisis de comprobación de tales supuestos, el sentenciador de segundo grado recuerda los siguientes principios que considera aplicables al caso en litigio:

"1º Como regla general, quien pretende indemnización del daño que tenga su origen en hecho doloso o culposo está obligado a demostrar: a) Que el daño ocurrió; b) Que el demandado obró con dolo o culpa, y c) Que entre el obrar del demandado y el daño sufrido por la víctima existe relación de causalidad (Art. 2341 del C. C.).

"2º Ahora, cuando se trata de actividades peligrosas, como en el caso del manejo de vehículos automotores, no existe la menor discrepancia entre la doctrina y la jurisprudencia, sobre la existencia de una presunción de culpa que, con fundamento en el artículo 2356 del Código Civil, recae sobre quien la ejercita.

"Bajo el imperio de dicha presunción, releva, como es obvio, a la víctima de tener que probar que el demandado actor del hecho dañoso, procedió con culpa o dolo, esto por la dificultad que con frecuencia se encontraría la víctima para demostrar el elemento subjetivo de la culpa.

"3º Quien en la sociedad crea el riesgo por razón de actividades de peligro, es el demandado o autor del daño, y no el demandante o víctima del perjuicio, en este caso, al último de los nombrados le basta con demostrar: a) El daño, y b) La relación de causalidad entre el daño y el proceder del demandado.

"4º Esta presunción es simplemente legal, por consiguiente, admite prueba en contrario, la que únicamente libera de tal responsabilidad al actor, cuando se demuestre que el hecho causante del daño, obedeció a fuerza mayor, caso fortuito, intervención de elemento extraño o culpa exclusiva de la víctima.

"5º En materia de responsabilidad extracontractual, también como principio general, un mismo hecho puede generar diversas formas de responsabilidad, que puede comprometer a distintas personas, en estas condiciones la víctima está facultada para exigir íntegramente la indemnización del daño sufrido de una o varias, ya que todas ellas responden solidaria-

mente, aunque sobre unas recaiga responsabilidad directa y sobre otras responsabilidad indirecta. (Art. 2344 del C. C.).

"6º En esta clase de procesos, la víctima del daño ocasionado por actividad peligrosa, a consecuencia de un accidente de tránsito, está legitimada para reclamar la indemnización, bien sea del dueño o llamado guardián jurídico del mismo que produjo el daño o también al conductor, en su propio nombre. En estos casos se trata de responsabilidad directa. Y, también puede intentarse la acción contra el empleador de quien ocasiona el accidente, se está en presencia en este evento, de una responsabilidad indirecta".

Agrega además el Tribunal, que la responsabilidad por el hecho ajeno y la derivada del ejercicio de una actividad peligrosa, no se excluyen, "la presunción de culpabilidad en contra de quien ejercita una actividad peligrosa afecta no sólo al dependiente o empleado que obra en el acto peligroso, sino también al empleador, dueño de la empresa o de las cosas causantes del daño". (LXI, pág. 569).

2. Concretando luego su actividad de segundo grado se refiere al contenido del acta levantada por el Inspector de Transportes y Tránsito de Tumaco, en donde este funcionario hizo constar lo verificado o indagado en el sitio mismo de la colisión, tanto respecto de los autores como de los daños sufridos por el camión Dodge de propiedad del demandante, a causa del impacto ocasionado con el furgón conducido por José Luis Herrera, cuando el primero se hallaba estacionado frente al granero "La Piragua" de la calle El Comercio y que, según las versiones allí mismo recibidas, el conductor transitaba sin pase, a exceso de velocidad y en estado de embriaguez.

Con esta prueba, así como con la fotocopia de la tarjeta de propiedad del vehículo arrepellado y la certificación expedida por el Jefe del "Kárdex" de la Dirección de Transportes y Tránsito de Nariño, sostiene el Tribunal, quedó demostrado el derecho de propiedad de los automotores uno en cabeza del demandante, víctima de la colisión y el otro en cabeza de la demandada y por lo mismo "conformada la relación jurídica entre los dos, al mismo tiempo que el uno y el otro, debían mantener el llamado 'control' jurídico sobre estos bienes, que daba la actividad a la cual los habían destinado son de aquellos que crean riesgo y peligro común".

A renglón seguido examina los testimonios de Octavio Montes Arango, Segundo Salazar, Luis Eduardo Benavides y Manuel Roberto Grueso, quienes, salvo el último, no fueron testigos presenciales de los hechos pero suministran detalles que concuerdan con el informe suministrado por el Inspector de Tránsito de Tumaco. Tales testimonios, dice el Tribunal "contienen un relato del accidente ocurrido en la madrugada del 20 de septiembre de 1980, en un lugar céntrico del Puerto de Tumaco, coincidentes en circunstancias de tiempo y lugar, que ofrecen a no dudarlo credibilidad, pues se trata de personas que viven en sitios más o menos cercanos donde ocurrió el accidente. Es cierto que no son testigos presenciales del instante del suceso, pero evidencian detalles posteriores a él, tales como condiciones de viabilidad, espacio, iluminación donde se presentó el suceso, y sobre

todo, la magnitud de los daños, tanto el vehículo del señor Erazo Villota, como los causados a la casa del señor Quintero. Reafirman en este sentido, con el informe del Inspector Departamental de Transportes y Tránsito de Tumaco, sólo que este último identifica a la persona que conducía el 'furgón', y a los testigos no les consta haberlo conocido, pero sí se percataron que dos de sus ocupantes, se hallaban en estado de embriaguez".

Esta prueba, junto con el informe del funcionario de tránsito y el dictamen de los peritos, demuestran en forma inequívoca el *daño* ocasionado al vehículo de la demandante y con la prueba aportada por la demandada, la cual seguidamente estudiada, quedó establecida la relación de causalidad.

3. Como la demandada fincó toda su defensa diciendo que el conductor "oficial" de su automotor, Jorge Sánchez Velásquez, no era quien lo operaba cuando atropelló al del demandante sino José Luis Herrera Díaz, también empleado suyo pero con oficio diferente al de conductor y que, por tanto, no se le puede imputar "culpa *in eligendo*", el sentenciador se refiere a la prueba que la opositora adujo con tal propósito, a saber: los formularios de solicitud de empleo de José Alberto Sánchez como conductor y José Luis Herrera Díaz para empleado de bodega para laborar en su establecimiento "Distribuciones Catalina" en la ciudad de Pasto y que es de su propiedad; así como los testimonios de Hernando López Morillo, Héctor Edmundo Romo Benavides, William Cifuentes Arango y Jorge Alberto Sánchez Velásquez. Y luego de transcribir los pasajes más significativos de dichas declaraciones, observa el Tribunal: ..."Por la prueba documental y las declaraciones descritas anteriormente, se concluye que en efecto los señores Jorge Sánchez Velásquez y José Luis Herrera Díaz, venían desde algún tiempo atrás vinculados contractualmente con su patrona señora Leonor Narváez de Arias, el primero como chofer del vehículo tipo furgón destinado a la distribución de mercancías, al parecer a varias ciudades de ese departamento, y el segundo, Herrera Díaz, como bodeguero con el oficio de cargar y descargar la mercancía que se les encomendaba distribuir".

Como resultado del examen de todo el acervo probatorio, el sentenciador deduce como conclusión la de que, de un lado, el demandante cumplió a cabalidad con la carga de probar los supuestos que le incumbían, a saber, el daño y la relación de causalidad y, de otro, que no resulta establecida ninguna causa de exoneración de la responsabilidad de la demandada como eran la fuerza mayor, el caso fortuito, intervención de elemento extraño o culpa exclusiva de la víctima, sin que importe distinguir que el daño tenga origen en el hecho propio o de sus dependientes o subordinados. Con el propósito de respaldar sus deducciones cita y transcribe doctrina de la Corte sobre el particular, entre ellas la sentencia de 18 de marzo de 1976 de la cual destaca lo dicho por la Corte en el sentido de que "en estos casos del ejercicio de una actividad peligrosa, y tratándose de responsabilidad del hecho de un tercero, no basta que el dueño de la máquina, por ejemplo, acredite que puso el debido cuidado en la elección del conductor de aquélla, porque si esto se extremara resultaría que ninguna empresa de riesgo, como transportes, respondería por los accidentes causados por la mala dirección o imprevisión o negligencia de los conductores".

En ese mismo orden de ideas, agrega el Tribunal, no resulta válido pretender exculparse de responsabilidad con demostrar, como lo hizo la demandada, que su conductor era una persona de gran experiencia en su oficio, portador de su respectiva licencia de conducción, etc. "Tampoco resulta razonable, agrega, aceptar que en el ejercicio de actividades peligrosas, particularmente en el manejo de automotores, quede liberado el empleador cuando demuestre que su dependiente obró de modo impropio, y que no estaba en capacidad de prever o impedir el accidente, cuestión que también argumenta la demandada, porque igualmente y tal vez con mayor razón, se haría casi imposible fijar la responsabilidad del empleador, porque el fácil desplazamiento de las máquinas no le permiten al empleador estar en capacidad de prever y evitar los accidentes que le ocurran a su dependiente. Por consiguiente, para estos casos de frecuente ocurrencia, tampoco resulta aplicable el artículo 2349 del Código Civil" sino el artículo 2358 que regula la culpa presunta con causales exculpativas inconfundibles.

Finalmente, tras reiterar que cuando el daño, como ocurre en el caso *sub judice*, es el resultado del ejercicio de una actividad peligrosa como la conducción de automotores, el dueño no se libera demostrando diligencia en la elección del conductor, remata su argumentación diciendo que en el proceso quedó "suficientemente demostrado que los señores Sánchez y Herrera, dependían contractualmente de la demandada, el uno como conductor y el segundo como bodeguero, con el oficio este último de distribuir las mercancías en los lugares a donde se desplazaba el vehículo que finalmente, conducido por Herrera, causó el accidente con los resultados conocidos. Accidente que pudo haberse evitado, si el propio conductor no hubiera junto con su ayudante, aceptado ingerir licor, por invitación de los dos agentes viajeros que ocasionalmente se encontraron con ellos".

4. Definida en tales términos la responsabilidad de la demandada, le impuso, con fundamento en el dictamen pericial al cual no se le formuló ningún reparo, las condenas, cuya inconformidad motivaron el recurso de casación que ahora se decide.

Recurso de casación

Dos cargos con apoyo en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, los cuales despachará la Corte en el orden en que vienen propuestos.

Cargo primero. Denuncia violación directa, por interpretación errónea, de los artículos 2356, 1613 y 1614 del Código Civil, la cual llevó al sentenciador de segundo grado a producir, según el censor, declaraciones y condenas equivocadas.

En su demostración, apunta el recurrente que en orden a determinar la responsabilidad extracontractual en el ejercicio de actividades que generan peligro, como sucede en el caso de operación de vehículos automotores, naves aéreas, la responsabilidad se ha venido haciendo derivar de la norma sustancial de derecho contemplada por el artículo 2356 del Código Civil que, de acuerdo con la jurisprudencia y doctrina, acarrea presunción de culpa que recae sobre el autor del daño, y que se exonera de responsa-

bilidad, cuando demuestre fehacientemente dentro del proceso que el daño fue ocasionado por fuerza mayor, caso fortuito, intervención de elemento extraño o culpa exclusiva de la víctima, sin que deba tenerse en cuenta que el daño tenga origen en el hecho propio de él o de sus dependientes o subordinados.

En el caso de autos, precisa, es evidente que José Luis Herrera para la época del siniestro era trabajador de la demandada, al igual que el propio conductor del vehículo Jorge Sánchez, pero con funciones definidas y diferentes, pues mientras el primero era "bodeguero", encargado de movilizar las mercancías del furgón a los destinatarios, el segundo tenía por oficio conducir el automotor. De suerte que no era función de Herrera la conducción del vehículo; su actividad en ese momento se debe tener como del resorte personal que no vincula a la demandada quedando así rota la relación de causalidad. El bodeguero Herrera intervino, pues, en los hechos que determinaron el accidente como un elemento extraño que exonera de toda responsabilidad a la demandada.

De no haberse presentado la intervención de José Luis Herrera, quien sustrajo las llaves del bolsillo de Jorge Sánchez y sin el consentimiento ni autorización de este se dio a la tarea de conducir el furgón hasta ir a producir la colisión con el vehículo del actor, agrega, el insuceso no se habría presentado.

El Tribunal interpretó erróneamente la norma del artículo 2356 del Código Civil que consagra una presunción de responsabilidad pero al mismo tiempo unos motivos de exoneración, entre los cuales se halla la intervención de elemento extraño, que fue lo que ocurrió con el proceder del bodeguero Herrera; ese error, añade el casacionista, derivó, aun cuando no los cita expresamente el Tribunal, en violación de los artículos 1613 y 1614 del Código Civil al imponerle a la demandada las condenas por daño emergente y lucro cesante.

Termina el recurrente solicitando a la Corte case la sentencia del Tribunal y, en instancia, confirme la de primer grado que absolvió a la demandada de los cargos del libelo.

Se considera

1. Con arreglo a las motivaciones del fallo el Tribunal y lo admitido por el recurrente en la demanda de casación, las partes están de acuerdo acerca de la situación fáctica que determinó el adelantamiento de este proceso: el demandante José Dolores Erazo tenía debidamente estacionado frente a su residencia la camioneta de su propiedad, marca Dodge, modelo 1979, de placas NV 6792; a eso de las tres de la mañana del día 20 de septiembre de 1980 fue atropellada violentamente por el furgón Dodge 300 de placas NV 6377, de propiedad de Leonor Narváez de Arias, quien lo tenía destinado a la explotación de una empresa suya y que al efecto había encomendado a Jorge Alberto Sánchez como conductor y José Luis Herrera como ayudante, y; finalmente, que por causa del impacto o colisión el automotor del demandante sufrió considerables daños.

Por lo que al Tribunal se refiere, según lo consignó en el fallo impugnado, su convicción la formó como resultado de los siguientes elementos

probatorios: el contenido del acta levantada por el Inspector de Tránsito y Transportes de Tumaco, la cual da cuenta de los pormenores de la colisión y estado de los vehículos; la prueba de la propiedad de los automotores; los testimonios de Octavio Montes Arango, Segundo Salazar, Luis Eduardo Benavides y Manuel Roberto Grueso, quienes corroborando las observaciones del funcionario de Tránsito declaran que luego del accidente observaron dentro del vehículo a los citados Sánchez y Herrera completamente embriagados y, finalmente, la documentación presentada para establecer la relación laboral del conductor y ayudante con la demandada Leonor Narváez de Arias.

2. Fueron precisamente los referidos elementos de prueba los que llevaron al Tribunal a afirmar que en este caso, dado que los daños cuya indemnización reclama el actor resultaron del ejercicio de una actividad de las que la doctrina de los autores y la jurisprudencia de la Corte han considerado como peligrosas, le era aplicable el artículo 2356 del Código Civil; y, como, además según lo reitera, quedó establecido que el autor material no sólo era dependiente de la dueña del automotor sino que obró con culpa, se daban igualmente los supuestos de aplicación del artículo 2347 del mismo ordenamiento y, en consonancia con ello, hizo actuar dichos preceptos, no sin advertir antes que ellos no se excluyen entre sí.

Ciertamente, *cuando el daño sobreviene como el resultado del ejercicio de una actividad de las consideradas peligrosas, como lo ha venido sosteniendo la doctrina de la Corte, ha de hacerse actuar la norma del citado artículo 2356 del Código Civil, evento en el cual se dispensa a la víctima de presentar la prueba de la culpa de la persona a quien se demanda en reparación, por cuanto se presume la culpa de éste. Desde luego que, como también lo ha precisado la Corporación, el demandado puede exonerarse demostrando que el perjuicio fue la resultante de una culpa exclusiva de la víctima, de una fuerza mayor, de un caso fortuito o de la intervención de un elemento extraño. Ahora, si, por lo visto, así lo entendió el sentenciador y la hizo operar en el caso reconociéndole los efectos por ella previstos ya que encontró subsumidos en la misma los hechos alegados y probados en el proceso, no puede sostenerse que la hubiera infringido por interpretación errónea, como lo asevera el censor.*

Si lo que pretendía el recurrente, como por vía equivocada trató de hacerlo en la demostración del cargo, era establecer que en el hecho concurrió una circunstancia que exoneraba de responsabilidad a la demandada, por considerar que quien operaba el automotor era un extraño, sin ninguna relación de subordinación o dependencia con aquélla, ni obraba en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, ha debido formular el cargo por la vía indirecta, denunciando aplicación indebida del artículo 2356 del Código Civil pero no por el concepto que lo hizo. Desde luego, para que la acusación hubiera sido completa ha debido denunciar igualmente quebranto del artículo 2347 del mismo ordenamiento, pues según lo visto también en dicha norma apoyó su decisión el Tribunal.

Como corolario de lo expuesto, el cargo no prospera.

Cargo segundo. Se acusa la sentencia del Tribunal de haber violado indirectamente los artículos 2341, 2343, 2345, 2346, 2352, 2356, 2358, 1613,

1614 del Código Civil por aplicación indebida, así como los artículos 1618, 1619, 2347, 2349 también del Código Civil por falta de aplicación y los artículos 22, 23, 37, 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, también por falta de aplicación, todo a consecuencia de los errores de hecho en que incurrió por equivocada apreciación de unas pruebas y falta de apreciación en otras.

En desarrollo del cargo, el casacionista empieza por sostener con apoyo de la jurisprudencia de la Corte que cuando se trata de responsabilidad por el hecho de quien obra como dependiente, empleado o subordinado de otro, la acción indemnizatoria que corresponde a la víctima tiene como fundamento no el artículo 2341 del Código Civil que regula el hecho personal, sino los artículos 2347 apartes 1º y 5º y 2349, los cuales establecen una presunción de culpa contra el empresario y dueño en razón de los daños causados por sus dependencias con ocasión del ejercicio de sus respectivas funciones. (Cas. Mayo 12 de 1939 G. J. XLVIII, 30).

Sentado lo anterior, con transcripción parcial de apartes que considera pertinentes, sostiene el recurrente que el Tribunal no apreció el acta o informe del Inspector de Tránsito de Tumaco, ni las solicitudes de empleo de Jorge Alberto Sánchez y José Luis Herrera y apenas citó y apreció equivocadamente las declaraciones de Hernando López Morillo, Héctor Eduardo Romo y la de William Jorge Cifuentes. Según estos elementos de juicio, anota, quedó establecido que Leonor Narváez de Arias vinculó laboralmente como empleados para laborar en su empresa de Distribuciones Catalina y les asignó funciones bien determinadas y distintas; a Jorge Sánchez, con amplia experiencia en el ramo y con pase de octava categoría, como conductor del vehículo y a José Luis Herrera como bodeguero o distribuidor de la mercancía. Añade que el Tribunal apreció equivocadamente la declaración de Jorge Alberto Sánchez, quien explicó claramente que Herrera le sacó del bolsillo las llaves del vehículo del cual era su conductor y se dio a la tarea de operarlo sin su consentimiento ni autorización, cuando sus funciones como bodeguero eran diferentes.

"Al haberse aplicado indebidamente estas pruebas, puntualiza más adelante el censor, se cayó en error de hecho ostensible para considerar que no hubo elemento extraño que vino a determinar inconfundiblemente la colisión de los dos automotores y por ende los daños y perjuicios inferidos al demandante José Dolores Erazo Villota".

Concretando los yerros de facto que en la apreciación de las pruebas incurrió el Tribunal, según el casacionista, éste enuncia los siguientes:

1º No dar por demostrado, estándolo, que José Luis Herrera como trabajador de Leonor Narváez tenía como funciones propias las de bodeguero del furgón NV 6377.

2º No dar por establecido, estándolo, que cuando sustrajo las llaves del furgón a Jorge Sánchez y puso en movimiento el vehículo que produjo la colisión contra el automotor del demandante, no estaba desarrollando funciones propias de su cargo y que obró como un tercero.

3º Dar por demostrado, no estándolo, que José Luis Herrera, cuando sin consentimiento del conductor operó el automotor de la demandada, obró como empleado o dependiente de Leonor Narváez de Arias; y

4º Dar por establecida, no estándolo, que la demandada es responsable extracontractualmente de los daños y perjuicios a causa de los actos de José Luis Herrera en la fecha y lugar indicados en la demanda.

Los errores observados, agrega el censor, llevaron al Tribunal a infringir el artículo 2356 del Código Civil y demás normas citadas en el encabezamiento del cargo, pues de haber apreciado bien las pruebas habría concluido que "los daños y perjuicios no se ocasionaron por el hecho propio de la demandada ni de dependientes suyos ni de subordinados en cumplimiento de sus funciones", sino por la intervención de un elemento extraño, lo que implica exoneración de la responsabilidad. Remata el cargo solicitando a la Corte la invalidación de la sentencia impugnada y que en instancia confirme la de primer grado.

SE CONSIDERA

1. *Con fundamento en el principio de derecho universalmente aceptado, según el cual quien con una falta suya causa perjuicio a otro está en el deber de repararlo, la legislación colombiana consagra en el Título 34 del Libro 4º del Código Civil, la responsabilidad por los delitos y las culpas.*

Contempla ese estatuto de la responsabilidad común tres grupos de normaciones que corresponden a tres grandes fuentes de responsabilidad, distinción que interesa especialmente para efectos de determinar la prueba de la culpa y las formas de exoneración. El primer grupo está constituido por los artículos 2341 a 2345 del Código Civil que contienen principios generales de la responsabilidad delictual por el hecho personal, que tradicionalmente se ha denominado responsabilidad directa; el segundo formado por los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352, que regulan la misma responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otra; y el tercero que comprende los artículos 2350 a 2356 que se refieren a la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas o inanimadas o por actividades peligrosas.

En armonía con la anterior normación positiva, quien por sí o por medio de sus agentes cause a otro un daño, originado en hecho o culpa suyos, jurídicamente queda obligado a resarcirlo; y según los principios reguladores de la carga de la prueba, quien en tal supuesto demande la indemnización corre con el deber de demostrar, en principio, el daño padecido, el hecho intencional o culposo del demandado y la relación de causalidad entre el proceder o la omisión negligente de éste y el perjuicio sufrido.

2. *Como se deduce de los anteriores enunciados, al lado de la responsabilidad por el hecho propio, se contemplan en los artículos 2347 a 2349 diversas situaciones en las cuales, por virtud de la ley o por la propia voluntad, se responde por las acciones de quienes están al cuidado o dependencia, casos en los cuales quien reclama se encuentra en una situación privilegiada ya que la culpa se presume.*

Tradicionalmente se ha dicho que la responsabilidad por el hecho ajeno tiene su fundamento en la sanción a la falta de vigilancia para quienes tienen a su cargo el sagrado depósito de la autoridad. Es una modalidad

de la responsabilidad que deriva de la propia culpa al elegir (in eligendo) *o al vigilar* (in vigilando) *a las personas por las cuales se debe responder.*

También se ha sostenido que el fundamento radica en el riesgo que implica tener personas por las cuales se debe responder, por lo cual la ley ha querido que exista aquí una responsabilidad objetiva, esto es sin culpa; y modernamente se sostiene que el verdadero fundamento de la responsabilidad por el hecho ajeno está, en el poder de control o dirección que tiene el responsable sobre las personas bajo su dependencia o cuidado.

Entre esas diversas situaciones contempladas por el artículo 2347 se halla la de los patronos o empresarios, o sea de quienes tienen la facultad de disponer, dirigir o dar órdenes a otro, el cual está sujeto a la vigilancia de aquéllos. Se consagra allí una presunción de culpa que admite prueba en contrario, pues permite a las personas civilmente responsables exonerarse demostrando que con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe no pudieron impedir el hecho (Cas. 18 nov. de 1941 (G. J. Nº 1981, pág. 761). Pueden, de consiguiente, demostrar que el daño no se debió a culpa del dependiente o subordinado, salvo cuando al hecho de éstos se sume el ejercicio de actividades peligrosas, porque entonces entra a operar la norma del artículo 2356.

3. Justamente, con el fin de favorecer a las víctimas de los daños ocasionados en ciertos acontecimientos, nuestra jurisprudencia, apoyada en la preceptiva contenida en el artículo 2356 del Código Civil, ha admitido un régimen conceptual y probatorio propios de las denominadas actividades peligrosas, porque cuando el hombre utiliza en su propio labor una fuerza extraña, él aumenta la suya y este aumento rompe el equilibrio que antes existía entre el autor del accidente y la víctima. Se coloca así a los demás asociados, por el ejercicio de una actividad de la naturaleza dicha, en inminente peligro de recibir lesión aunque se desarrolle observando toda la diligencia que ella exige.

"El referido régimen especial, precisó la Corte en sentencia de 30 de abril de 1976, consiste sustancialmente en que, cuando el daño se causa en el ejercicio de una actividad peligrosa, se dispensa a la víctima de presentar la prueba, con frecuencia difícil, de la incuria o imprudencia de la persona a la que demanda en reparación; es decir, que en tal evento se presume la culpa de éste por ser ella quien con su obrar ha creado la inseguridad de los asociados, presunción que no puede ceder sino ante la demostración de que el perjuicio fue la resultante de una culpa exclusiva de la víctima, de una fuerza mayor, de un caso fortuito, o de la intervención de un elemento extraño".

Y, concretando la aplicación de este régimen especial, dijo la Corte en esa misma sentencia: "La circulación de automotores ha creado un riesgo social propio, el cual es preciso atender, estableciendo la responsabilidad de sus conductores mediante la conjunción de los criterios objetivo y subjetivo. Como las normas de tránsito existentes no alcanzan a prever todas las precauciones necesarias para asegurar una circulación exenta de daños a terceros, es preciso que se obligue a los conductores, si aspiran a que se les repute como hombres prudentes, no solamente a viajar a velocidad moderada y cumplir las demás prescripciones reglamentarias, sino también a estar

atentos a los obstáculos de la vía, y aun, cuando ello fuere menester, a extremar sus cautelas para evitar los accidentes". (G. J. Tomo CLII, pág. 108).

4. En el caso de este litigio, por haber encontrado el Tribunal que los daños sufridos por el automotor del demandante resultaron de la colisión ocasionada con el vehículo de la demandada y que quienes lo operaban en ese momento eran subordinados suyos, le dio aplicación tanto a la norma del artículo 2356 del Código Civil, caso en el cual se presume la culpa por el ejercicio de actividad peligrosa, como al artículo 2347 ibídem, el cual también consagra una presunción que favorece a la víctima pero que se puede desvirtuar demostrando que el daño no se debió a culpa del dependiente o subordinado.

Esas conclusiones del Tribunal, se hallan respaldadas, fundamentalmente con los siguientes elementos de prueba:

a) Tarjeta de propiedad del vehículo del demandante y certificación de las autoridades de Tránsito de Nariño relativa al dominio del otro automotor;

b) Acta levantada poco después del accidente por el Inspector de Tránsito y Transportes de Tumaco, en la cual hizo constar que el "furgón" lo conducía a excesiva velocidad José Luis Herrera, quien no portaba licencia de conducción y se hallaba en estado de embriaguez;

c) Testimonios de Octavio Montes, Segundo Salazar, Luis Eduardo Benavides y Manuel Roberto Grueso, quienes ratifican las constancias contenidas en el acta referida pero precisan que los dos ocupantes del vehículo se hallaban bajo los efectos de licor;

d) Las solicitudes de empleo de Jorge Alberto Sánchez y José Luis Herrera;

e) La confesión de la demandada en el sentido de que para la explotación de su empresa Distribuciones Catalina, destinó el "furgón" de su propiedad en el cual se repartirían mercancías en algunas ciudades de Nariño y que para tal efecto contrató los servicios de Jorge Sánchez como conductor y José Luis Herrera como ayudante o bodeguero; y

f) Finalmente, el testimonio del mencionado conductor.

Jorge Sánchez Velásquez, en su versión acerca de lo ocurrido, un tanto contrariado dice que siendo la una de la mañana del 20 de septiembre de 1980, estando en compañía de su ayudante José Luis Herrera, se encontraron con dos agentes viajeros y les aceptaron la invitación a ingerir algunas copas "... y nos tomamos unos tragos yo, como iba bien cansado, al rato me había quedado dormido y José Luis Herrera había seguido bebiendo y así me sacaron las llaves del carro del bolsillo, entonces José Luis prendió el carro estando ya bien marcado, cuando estaban prendiendo el carro me desperté y salí, entonces José Luis no me quiso entregar el volante, salió José Luis con el carro, tras del carro de Levapan, persiguiéndolo y pasábamos por el hotel donde íbamos a dormir y *le dije que esperara un momento para ver si hay piezas, para dejar las maletas, me bajé* y seguí al 2º piso del hotel y estando yo arriba arrancó el carro y se fue, salí inmediatamente a gritar a la calle y cuando vi que el carro iba a dos cuadras

del hotel yendo a toda velocidad, *creí que iba a guardarlo, regresé al hotel y me recosté*... al rato el celador del hotel en (sic) a despertarme y avisarme que había estrellado el carro, me levanté y salí corriendo y fui a ver el carro y efectivamente estaba estrellado enganchado con otro carro, me quedé cuidando la mercancía hasta que llegara la Policía...". (Subrayas fuera del texto).

5. Como fácilmente se infiere de la prueba relacionada y a la cual se refiere expresamente el Tribunal en su sentencia, tal como quedó consignado en el extracto de ella, en el proceso se estableció no sólo el vínculo laboral de Jorge Alberto Sánchez y José Luis Herrera con la demandada Leonor Narváez de Arias, sino que, además, el accidente se presentó con ocasión de las labores que a aquellos les había encomendado y con ostensible culpa de sus dependientes. Como lo explica el mismo Jorge Alberto Sánchez, en la versión dada a su manera, la noche en que ocurrieron los hechos, llegaban a Tumaco y se dirigían al lugar donde debían guardar el vehículo, pero en vez de hacerlo se dedicaron a ingerir licor hasta el punto que, según lo asevera, el ayudante tomó las llaves y prendió el vehículo y lo condujo en su compañía hasta el hotel; allí el señor Sánchez, en vez de continuar con su ayudante a guardar el furgón, se bajó y, a sabiendas de que José Luis carecía de licencia para conducir, asintió que continuara su conducción hasta el parqueadero con el resultado conocido. Niega que le hubiera entregado las llaves al ayudante pero todo indica que consintió en que imprudentemente lo operara, pues al bajarse en el hotel, como el mismo lo dice, separó la pieza, se recostó y se durmió. Tan claro es que aún se consideraba que estaba cumpliendo sus funciones que cuando el celador del hotel lo enteró de la colisión, se fue al vehículo a cuidar "la mercancía hasta que llegara la Policía".

Quiere decir lo anterior, que la parte demandada no logró demostrar, como pretendió hacerlo, que quienes entonces operaban el automotor fueran ajenos a su actividad, razón por la cual no puede alegar a su favor que el hecho de tales personas constituya una causa extraña que legalmente permita exonerarla de la presunción de culpabilidad que resulta en su contra por el ejercicio de dicha actividad.

Viene de todo lo expuesto que si, al contrario de lo que asevera el censor, el Tribunal se refirió de manera expresa a cada una de las pruebas mencionadas y, si, de otra parte, no se evidencia equivocada apreciación de las declaraciones de Hernando López, Héctor Romo y la de William Cifuentes, en forma alguna pueden configurarse los errores de facto que le endilga el casacionista. De consiguiente, tampoco infringió las normas citadas en el encabezamiento del cargo, por ninguno de los conceptos allí expresados.

Por tanto, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

Decisión

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 29 de octubre del año anterior, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente, al Tribunal de origen.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Concurrencia de culpas en actividades peligrosas.

En principio la conducción de bicicletas es actividad peligrosa, aunque menos que la conducción de automotores, lo que da lugar a la concurrencia de culpas de los agentes, y como consecuencia a la compensación de culpas. La graduación cuantitativa de la indemnización corresponde a la prudencia del juzgador.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

Bogotá, D. E., 17 de julio de 1985.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 29 de febrero de 1984, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en este proceso instaurado por María del Carmen Pino Rodríguez en frente de la entidad "Electrificadora del Atlántico S. A.".

1. El litigio

1. Mediante escrito de 1º de octubre de 1981 y que en repartimiento correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Barranquilla, la mentada María del Carmen Pino Rodríguez demandó a la sobredicha sociedad "Electrificadora del Atlántico S. A.", representada por su Gerente General Hernando Manotas Reyes, a efecto de que, previos los trámites propios del proceso ordinario de mayor cuantía, se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que la sociedad demandada es civilmente responsable de todos los perjuicios causados a la demandante con el accidente ocasionado por el vehículo Ford 700, modelo 1979, ocurrido en esa ciudad el 19 de enero de 1981 y del cual se derivaron para la actora graves lesiones que le produjeron invalidez; y

b) Que, como consecuencia de la anterior declaración, la entidad demandada debe pagar a la demandante, por conceptos de daño emergente y lucro cesante, las cantidades de $ 5.000.000, $ 19.080.000, $ 31.800.000, $ 15.900.000 y, además, por razón de perjuicios morales, "consistentes en la depresión aflictiva que padece la víctima", $ 5.000.000.

2. Como hechos constitutivos de la *causa petendi*, la demandante invocó los que sustancialmente quedan comprendidos dentro de las siguientes afirmaciones:

a) El 19 de enero de 1981, como a las 7:30 p. m., cuando María del Carmen Pino Rodríguez, que a la sazón trabajaba en la fábrica de Pudines y Pastillajes de Carmelina Sandoval, luego de terminadas sus labores se dirigió a recibir clases de modistería en la casa que Ana Madarriaga de Riquet tiene al efecto en la calle 58 número 7-53 de esa ciudad, fue atropellada por el vehículo marca Ford, modelo 1979 (grúa), de propiedad de la sociedad demandada y conducido por Miguel García;

b) Una vez sucedió el accidente, el cual se produjo por descuido del conductor de la grúa, "ya que mi poderdante viajaba en una bicicleta y fue lesionada por la parte de atrás, sin que a la bicicleta le sucediera nada", aquél llevó a la herida al Hospital Metropolitano, donde quedó internada por orden de Electrificadora del Atlántico hasta el 23 de julio, no obstante que el 9 de este mes el médico tratante conceptuó que la paciente "está de alta para el tratamiento de fisioterapia";

c) En carta que el 23 de julio el médico William Bradford le remitió a la sociedad demandada, aquél le comunicó a éste que, en relación con la paciente internada en el hospital, "desde marzo del año en curso se le ha instaurado un tratamiento intensivo de rehabilitación y kinesiterapia. Actualmente está de alta y como secuelas de dicho accidente presenta: Callosóscos en fracturas defectuosamente consolidadas 10ª, 11ª, 12ª costillas derechas, y 8ª izquierda. Fracturas de la pelvis con deformidad de la misma. Fractura del sacro y sacroilíacas con desviación y acotamiento correspondiente al NID en más de 2 cms. Fracturas ambas ramas isquiopubianas...";

d) La entidad demandada, desde un principio, aceptó la responsabilidad por los daños ocasionados a la demandante y por tanto inmediatamente se produjeron pagó los gastos clínicos y tratamientos, pero no ha pagado aún "la indemnización correspondiente, teniendo en cuenta la edad de la demandante, su estado de salud, la actividad que desempeñaba graduada en repostería y pastillaje"; y

e) Como consecuencia del infortunado accidente la demandante "está inválida".

3. Oportunamente la sociedad demandada dio contestación a la demanda oponiéndose a las súplicas en ésta deducidas.

Y en cuanto a los hechos, salvo los atinentes al reconocimiento de la responsabilidad por su parte y a la invalidez de la demandada, los cuales negó rotundamente, expresó no constarle los demás. Afirmó que las pretensiones de la actora "se apoyan en suposiciones, son apreciaciones puramente subjetivas", puesto que, explica, "no ha sido demostrado por la autoridad

competente que el señor Miguel García hubiera sido responsable del accidente".

4. Surtida la tramitación de la primera instancia el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 6 de junio de 1983, mediante la cual, luego de negar la declaratoria de nulidad procesal que la demandada propuso invocando falta de jurisdicción, declaró a la entidad demandada civilmente responsable del accidente sufrido por la demandante; consecuencialmente condenó a aquélla a pagar a ésta, *in genere*, todos los perjuicios causados con el referido accidente, y, por último, le impuso las costas procesales.

5. Contra lo así decidido interpuso apelación la sociedad demandada, por lo que el proceso subió al Tribunal Superior de Barranquilla, el que, luego de rituada la instancia, profirió su fallo de 29 de febrero de 1984 mediante el cual confirmó el apelado, adicionándolo con la condena a Electrificadora del Atlántico S. A., a pagar a María del Carmen Pino Rodríguez, "por concepto de perjuicios morales", la suma de $ 150.000.

Al recurso de apelación interpuesto por la demandada adhirió oportunamente la demandante, pues no compartió la sentencia "en lo referente a la condena en abstracto".

II. Motivación de la sentencia del Tribunal

1. Después de considerar que la presente controversia sí es de la competencia de la jurisdicción civil ordinaria, y no de la contencioso-administrativa como lo pretendía el apelante principal, advierte el *ad quem* que el caso aquí litigado cae dentro de la órbita de la responsabilidad extracontractual, cuyo fundamento jurídico sitúa en la preceptiva de los artículos 2341 y siguientes del Código Civil.

Observa, además, que luego de analizada detenidamente la demanda, no sólo en su exposición de hechos sino fundamentalmente en sus pretensiones, tiene que inferirse que "ella tiene como fundamento, tanto la responsabilidad fundada en el hecho ajeno como en la responsabilidad por daños causados en actividades peligrosas".

2. Considera el sentenciador, y así lo expresa en su sentencia, que la responsabilidad civil extracontractual se estructura por la concurrencia de los siguientes tres elementos: el daño, la culpa, y la relación de causalidad entre ésta y aquél, presupuestos que debe probar el demandante. Añade que tratándose de actividades peligrosas, a que se refiere el artículo 2356 del Código Civil, la culpa se presume y sólo incumbe probar el daño y que éste se produjo a causa de una actividad catalogada como tal.

Con estas orientaciones pasa a analizar la prueba practicada en el caso *sub judice*, testimonios, inspección judicial, dictámenes periciales y prueba documental aportada: con todos estos elementos probativos encuentra plenamente demostrado el accidente ocurrido el 19 de enero de 1981 y los perjuicios que a causa de él sufrió la demandante. De este análisis probatorio deduce el sentenciador de segundo grado: "Acreditado como se encuentra el hecho culposo, el daño ocasionado a la demandante y la relación de causa-

lidad entre uno y otro, se llega a la conclusión que la Electrificadora del Atlántico, propietaria del vehículo que causó el accidente, es responsable de los perjuicios ocasionados a María del Carmen Pino Rodríguez y por lo tanto está en el deber de indemnizarla, por cuanto no ha demostrado a través del proceso ninguna de las causas eximentes de responsabilidad".

3. Con citas doctrinarias y jurisprudenciales, dice el *ad quem* que el vínculo causal sólo se destruye "por la intervención de los llamados eximentes de responsabilidad", dentro de los cuales cita la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de la víctima y el hecho de un tercero. Dice que cuando alguno de estos eximentes "actúa como causa única del daño, coloca al perjudicado en el imperativo de tener que absolver todo el perjuicio sin reparación alguna, o bien pueden concurrir con el hecho del agente dejando subsistente la obligación de reparar, pero disminuido, si por lo demás esto no ha tenido que ver en su ocurrencia".

III. El recurso extraordinario

1. Contra la sentencia extractada interpuso casación la entidad demandada. Y en la demanda respectiva la recurrente le formula a la sentencia impugnada un solo cargo, que ubica dentro de la órbita de la causal primera de casación.

Mediante dicho cargo se acusa el fallo del Tribunal de ser indirectamente violatorio, por inaplicación, de los artículos 2341, 2356 y 2357 del Código Civil, como consecuencia del error de hecho en que habría incurrido el *ad quem* al apreciar las pruebas aducidas al proceso, particularmente la prueba testifical.

2. En desarrollo de la censura el impugnante, después de hacer ver que el Tribunal sí advirtió que la demandante, en el momento del accidente, transitaba en bicicleta, dice que no dedujo, sin embargo, "que el hecho de transitar en bicicleta demuestra una actividad peligrosa, o sea que esa circunstancia constituye un indicio base de una presunción de culpa contra la demandante, que debió compensar hasta donde lo estimara pertinente, con la culpa de la parte demandada".

Y luego de transcribir algunos apartes de las declaraciones juradas de Enrique Pianeta Lara y Rodolfo Antonio Rodríguez, en lo referente a la manera como sucedió el accidente, dice el casacionista que con estos testimonios se demuestra plenamente "que ambos vehículos marchaban a la par por el costado derecho de la vía, que el camión pasó la bicicleta y que al hacer esa maniobra golpeó con su parte posterior derecha la bicicleta y se produjo el accidente".

3. Concretando el yerro de facto que denuncia, dice la impugnación que éste consistió, de una parte, en que el Tribunal no se percató de que viajar en bicicleta es una actividad peligrosa que determina culpa contra la conductora, al igual que la presumida contra la demandada por ser la dueña del camión; y por otra, en no haber advertido el sentenciador *ad quem*, según lo que se infiere de la prueba testifical, que la demandante no tuvo la previsión cuando el camión la pasó, de tomar las precauciones necesarias, corriéndose un poco hacia su derecha, ya que ambos vehículos transitaban por la derecha.

IV. Consideraciones de la Corte

1º Como se infiere claramente del contexto de la demanda de casación, la entidad demandada limita el alcance de su impugnación extraordinaria a la parte del fallo de instancia en cuanto por éste se le impone toda la responsabilidad del accidente ocurrido, al estimar el sentenciador que éste se debió exclusivamente a la culpa de aquélla; persigue pues que se reconozca como concurrente en la producción del daño la culpa de la víctima y que, por lo consiguiente, se dé aplicación al artículo 2357 del Código Civil.

2º Con fundamento en el principio de derecho universalmente aceptado, según el cual quien con una falta suya cause perjuicio a otra está en el deber de reparárselo, la legislación colombiana consagra, en el Título 34 del Libro 4º del Código Civil, la responsabilidad por los delitos y las culpas.

De acuerdo con dicha normación positiva, quien por sí o por medio de sus agentes cause a otro un daño, originado en hecho o culpa suyos, queda jurídicamente obligado a resarcirlo; y según los principios reguladores de la carga de la prueba, quien en tal supuesto demanda la indemnización corre con el deber de demostrar, en principio, el daño padecido, el hecho intencional o culposo del demandado y la relación de causalidad entre el proceder o la omisión negligente de éste y el perjuicio sufrido por aquél.

3º *Mas, con el propósito de favorecer a las víctimas de los daños ocasionados en ciertos acontecimientos, la jurisprudencia nacional, apoyándose en la normación legal contenida en el artículo 2356 del Código Civil, ha admitido un régimen conceptual y probatorio propio de las actividades denominadas peligrosas, después de advertir que el ejercicio de una actividad de dicha naturaleza coloca a los asociados en inminente peligro de recibir lesión, aunque se ejecute observándose por su autor toda la diligencia que ella exige.*

El referido régimen especial consiste sustancialmente en que, cuando el daño se causa en ejercicio de un actividad peligrosa, se dispensa a la víctima de aportar la prueba, con frecuencia difícil, de la imprudencia o descuido de la persona a la que se demanda la reparación: es decir, que en tal evento se presume la culpa de ésta por ser ella quien con su obrar ha creado la inseguridad de los asociados, presunción que no puede ceder sino ante la demostración de que el perjuicio fue la resultante de un caso fortuito, de fuerza mayor, o de la ocurrencia de un hecho extraño, dentro del cual se halla la culpa exclusiva de la víctima.

Para la aplicación del régimen propio de esta especie de responsabilidad civil, el carácter peligroso de una actividad no puede, sin embargo, tomarse con criterio absoluto, sino relativamente a la naturaleza propia del acto y a las precisas circunstancias en que se realizó. La culpabilidad se presume, sí, pero en aquellos casos en que el daño proviene de un hecho que la razón natural permite imputar a la incuria o imprudencia de su autor.

Llevando el razonamiento a sus extremos últimos, podría decirse que todas las actividades humanas son eventualmente peligrosas; pero lo que sí parece como indiscutible es que, colocadas dos de ellas como concurrentes en el mismo acontecer dañoso, la una entraña más peligro que la otra,

a tal punto que su mayor trascendencia puede llegar hasta excluir la naturaleza que de tal pudiera atribuirse a ésta, pues la intervención de la primera en el evento perjudicial es tan decisiva y preponderante que deja sin relevancia los hechos de la víctima que pudieron haber intervenido en el acontecimiento.

Si bien puede decirse, en principio, que la conducción de bicicletas es actividad menos peligrosa que la conducción de automotores; no puede sin embargo, con estrictez jurídica, desconocérsele absolutamente su peligrosidad frente a los peatones y a los demás vehículos que transitan las vías públicas, tanto más si tal conducción se realiza sin prever todas las precauciones necesarias para asegurar una circulación exenta de daños, sin prestar atención a los obstáculos que presenta la vía y sin extremar las cautelas para evitar los accidentes.

4ª Ciertamente, como al unísono lo reconocen jurisprudencia y doctrina, no son infrecuentes los casos en que un daño resulta de la conjunción de varios acontecimientos. Se dice entonces que todos esos acontecimientos son la causa del perjuicio, pero en el sentido de que la ausencia de uno de ellos habría bastado para que el daño no se hubiera producido.

En dichos supuestos, que doctrinariamente se conocen con las denominaciones concurrencia de culpas *y* división de la responsabilidad, *para deducir ésta la jurisprudencia ha tomado en cuenta, como causa jurídica del daño, toda actividad que, entre las concurrentes, ha contribuido a la realización del perjuicio. No se trata, evidentemente, de una culpa común, es decir de la que ha sido cometida simultáneamente por el demandado y la víctima, sino de dos culpas distintas que concurren ambas a la realización del hecho dañoso, y en donde la culpa de la víctima, justamente por no ser preponderante y trascendente en la realización del perjuicio, no exime de responsabilidad al demandado, pero que sí compensa, en la medida o grado que estime prudentemente el Juez, con la del reo de la acción.*

Cuando el legislador colombiano, mediante el artículo 2357 del Código Civil, dispuso que la apreciación del daño está sujeta a reducción, está consagrando la teoría de la compensación de culpas para aquellos casos en que el que sufre el daño se expuso a él imprudentemente, o si un error de su conducta fue también la causa determinante de tal daño.

5ª El acervo probatorio practicado en el proceso, particularmente la prueba testifical, muestra con nítida evidencia, como lo reconoce el fallo de instancia, que el 19 de enero de 1981, pasadas las 6:00 p. m., transitaba en bicicleta por la vía que conduce al antiguo ferry, entre las calles 8 y 12 de la carrera 78 de Barranquilla, la demandante María del Carmen Pino cuando fue atropellada por un vehículo tipo grúa, de propiedad de la entidad demandada.

Pero también acredita esa prueba testimonial que ambos vehículos, la grúa y la bicicleta, marchaban a la par por el costado derecho de la vía; que el camión pasó la bicicleta y que al hacer esa maniobra golpeó con la parte trasera a ésta por lo cual se produjo el accidente. Dice en efecto Enrique Pianeta Tarra, quien afirma que en el momento del accidente estaba con otras personas cerca a ese lugar, que "vimos cuando el carro de la Electrificadora venía de la Escuela de Policía hacia donde quedaba el anti-

guo ferry, notamos que una muchacha que venía en bicicleta o sea la muchacha María Pino, venía junto al camión, como a los veinte metros, vimos cuando ella cayó al suelo y los ayudantes del camión comenzaron a gritar para que el camión parara, nosotros nos acercamos donde estaba la muchacha caída, en eso el camión ya venía en reverso..., el chofer decía que él no había visto a la muchacha, ahí la montaron al carro y se la llevaron para los Seguros". Y cuando se le preguntó con qué parte del camión fue golpeada la muchacha, el declarante afirmó: "Fue con la parte de atrás del camión, con una de las esquinas que tiene el camión, la del lado derecho"; agrega que la demandante conducía su bicicleta" "y no llevaba luz por cuanto era temprano"; "yo vi cuando el camión pasó, como es un camión grande eso llama la atención y sí lo vi cuando el carro atropelló con la parte de atrás a la muchacha".

El declarante Rodolfo Antonio Rodríguez, quien como el anterior da amplias razones de la ciencia de su dicho, expresa que "yo venía repartiendo el pan, en el momento en que yo venía pasando, eran como las seis de la tarde más o menos, yo venía de allá para acá o sea que la muchacha iba de aquí para allá, cuando yo venía de allá para acá pasa el camión de la Electrificadora e iba manejando la muchacha por su derecha, en la misma vía va el camión y cuando el camión va de aquí para allá, la cerró y entonces atropelló la pelá...". Añade el testigo que "cuando la muchacha iba manejando, bueno hay se la lleva el camión con la parte de atrás de la grúa"; y al pedirle explicación de "cómo es eso de que el camión le cerró la vía a la muchacha y sin embargo no la atropelló sino con la parte trasera"; afirmó el declarante: "Bueno se la ha llevado por la parte de atrás". Y Jacinto Lara, en su declaración jurada dice que la muchacha venía en bicicleta "por su derecha y en ese momento venía un camión grúa..., el vehículo giró hacia la izquierda y con la parte derecha se la llevó..."; el "vehículo se la llevó con la parte derecha cuando hizo el chofer el giro hacia la izquierda".

6ª Conclusión de lo expuesto es, entonces, la de que aparece demostrada la culpa de la víctima como concurrente con la de la demandada en la producción del daño, por la presunción emanada de conducir una bicicleta, que en las circunstancias en que se produjo el accidente tomó también característica de actividad peligrosa.

Incurrió pues el Tribunal sentenciador en el error *in judicando* que el casacionista le enrostra, pues evidentemente no vio la concurrencia de culpas y por ende no aplicó el precitado artículo 2357 del Código Civil.

Procede pues, para corregir el apuntado yerro, casar parcialmente la sentencia combatida.

V. Sentencia sustitutiva

1. Resulta de lo expuesto que por la prosperidad de la censura la sentencia combatida en el recurso extraordinario tiene que casarse; pero como su quiebra es sólo por el eficaz ataque que en dicho cargo se le hace al fallo, o sea en cuanto en éste no se redujo el monto de la indemnización debida por la concurrencia de culpas reconocida, la sentencia que la Corte

debe dictar como Tribunal de instancia, tendrá que limitarse a suplir dicha omisión y reproducir las demás decisiones que trae el fallo impugnado.

2. Por cuanto siempre ha resultado difícil fijar la proporción y regular la partición de la responsabilidad en los casos del daño causado por concurrencia de culpas, la doctrina y la jurisprudencia han dejado la graduación cuantitativa de la indemnización a la prudencia del juzgador.

Amparada pues la Corte en esta facultad discrecional que al efecto le defiere implícitamente el legislador, y considerando el grado de peligrosidad de la actividad ejercida por las partes, que es mayor la de la demandada por la potencialidad del peligro, no pueden, en estricto jurídica, estimarse como igualmente trascendentes o determinantes en la producción del perjuicio cuya indemnización se suplica aquí, creo que lo indicado por la equidad, es la de que el daño sea reducido en un 30%. O sea que la aquí demandada solamente debe pagar el 70% del monto de la indemnización.

VI. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de veintinueve (29) de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el proceso ordinario de María del Carmen Pino Rodríguez contra Electrificadora del Atlántico S. A., y actuando en sede de instancia,

Resuelve:

1º REFÓRMASE la sentencia de seis (6) de junio de mil novecientos ochenta y tres (1983), proferida en este proceso por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Barranquilla, la cual por tanto quedará así:

2º CONFÍRMANSE los ordinales 1º, 2º y 3º de la parte resolutiva de ese fallo, con la modificación consistente en que la condena a pagar los perjuicios materiales se reduce en un 30% por estar demostrada la culpa concurrente de la víctima.

3º Se condena a la entidad demandada a pagar a la demandante la suma de cien mil pesos ($ 100.000) moneda corriente, por concepto de perjuicios morales.

4º Se condena a la parte demandada al pago del 70% de las costas causadas en la primera y en la segunda instancias del proceso; y

5º Sin costas en el recurso de casación.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

PRUEBA

Finalidad. Trasladada. Contradicción.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

Bogotá, D. E., 18 de julio de 1985.

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 25 de enero de 1984, proferida en este proceso ordinario de Josué Higuera Páez contra Isidra Flórez por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

ANTECEDENTES

I. Mediante libelo que en repartimiento del 24 de julio de 1981 correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga, el demandante solicitó que con citación y audiencia de la demandada Isidra Flórez, en su condición de representante legal del menor José Flórez, "se revise la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil de Menores de Bucaramanga, el día 6 de noviembre de 1980, ejecutoriada el día 22 del mismo mes y año, por medio de la cual se (le) reconoció como padre natural del referido menor. Y como resultado de la revisión, se infirme la mencionada providencia".

II. Como fundamentos fácticos de dichas pretensiones expuso los siguientes hechos:

"1º Con fecha 6 de noviembre de 1980, el Juzgado Segundo Civil de Menores de Bucaramanga, profirió un fallo declarando al señor Josué Higuera Páez como padre natural del menor Josué Flórez.

"2º El proceso se desarrolló con serias fallas procedimentales.

"3º La decisión del juzgado se basó en dictámenes periciales, que de acuerdo con la ley carecen de valor probatorio por no ser concluyentes

y en dos declaraciones de testigos, contradictorias, inexactas, y apreciadas sin el rigor exigido por la ley y la jurisprudencia.

"4º La providencia motivo de la presente demanda se ejecutorió el día 22 del mes de noviembre de mil novecientos ochenta.

"5º La Ley 75 de 1968 estableció la acción de revisión para los fallos proferidos por los Jueces de Menores; en cuanto se refiere al estado civil".

III. Aceptado el libelo y designado al menor su curador en términos del artículo 95 de la Ley 83 de 1946, se comunicó la admisión tanto a la demandada como al curador, quienes, en oportunidad dieron respuesta a la demanda con oposición a las pretensiones del actor. En cuanto a los hechos, aceptaron unos, negaron otros e hicieron énfasis en que el proceso adelantado ante el Juzgado Segundo Civil de Menores de Bucaramanga estuvo ajustado en todo a las exigencias de la Ley 75 de 1968.

IV. La instancia finalizó con sentencia que desestimó las pretensiones del demandante y, en virtud de la impugnación de éste, conoció el Tribunal, quien por la suya de 25 de febrero de este año la confirmó. Contra ésta, como se dijo, el mismo demandante recurrió en casación.

Sentencia impugnada

1. Empieza el Tribunal por relatar los antecedentes del litigio, cómo y por qué el Juez de la primera instancia concluyó al igual que el Juez Segundo Civil de Menores de Bucaramanga que, estaban suficientemente demostrados los hechos que sirven de fundamento a la declaración de paternidad natural del demandado Josué Higuera Páez, respecto del menor Josué Flórez, nacido el 3 de agosto de 1972.

2. A continuación se pregunta el Tribunal si en esta clase de procesos, promovidos con fundamento en el artículo 18 de la Ley 75 de 1968, cuyo objeto es la revisión de una sentencia proferida por un Juez de Menores, tal revisión tiene que efectuarse frente a las mismas pruebas que le sirvieron de fundamento o pueden adducirse otras nuevas y él mismo se responde en el sentido de que si se tiene en cuenta que la acción de revisión, al contrario de lo que sucede con el recurso extraordinario del mismo nombre, según el Diccionario de Cabanellas, no es otra cosa que una nueva consideración o examen, una comprobación o una verificación, ante pruebas que revelen un error padecido, resulta incuestionable que en la nueva oportunidad se pueden aducir y valorar otros elementos de juicio.

En ese orden de ideas, puntualiza el fallador de segunda instancia, en el debate de revisión como acción se parte de una *realidad:* la sentencia del Juez de Menores y, se busca por el promotor un resultado negativo o positivo según que en el fallo atacado se hubiere acogido o negado las pretensiones por el Juez de Menores.

3. Descendiendo al caso en examen, observa el Tribunal que mediante este proceso el demandante busca una declaración negativa para destruir la positiva hecha por el Juzgado Segundo de Menores de Bucaramanga con fundamento en las causales 4ª y 5ª del artículo 6º de la Ley 75 de 1968.

Equivocamente, dice, el demandante pretendió una simple revaloración de las mismas pruebas que tuvo en cuenta el Juez de Menores, debido quizás a la confusión en que incurrió el demandante con el recurso de revisión. No obstante ello, como por obra del Juez y de la otra parte se incorporaron al proceso otras pruebas, procede el Tribunal a valorarlas todas.

En primer término examina las declaraciones de María Antonia Camacho, Beatriz Avila de Mantilla y Facunda Evantia Buitrago de Carvajal, las cuales justamente no obraron en el proceso adelantado ante el Juez de Menores. Luego de reproducir apartes de cada una de tales declaraciones y hacerles algunas críticas en particular, como que nada les consta directamente de los hechos investigados, concluye que "el nuevo material probatorio nada agrega y nada procura, y ningún peso mayor suma para *sostener* la sentencia que se revisa" por lo cual el proceso quedó reducido a la verificación de un reexamen de las pruebas sobre las cuales falló el Juez de Menores.

4. Recuerda el Tribunal que el Juez Segundo Civil de Menores de Bucaramanga apoyó su sentencia tanto en la prueba científica como en las declaraciones de María Josefina Figueroa Jaimes y Ana Briceida Carreño León, la primera en lo concerniente a la causal del ordinal 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968 y las dos sumadas para el efecto previsto en el numeral 5º ibidem.

Por lo que toca a la declaración de la testigo Figueroa Jaimes, compañera de labores de la demandada en el Hospital por algún tiempo, empieza por destacar que ella no fue testigo presencial de las relaciones sexuales entre el demandante Higuera Páez e Isidra Flórez, por lo cual se hace necesario "inferir" la existencia de esos encuentros carnales del "trato personal y social entre la madre y el presunto padre dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes..., naturaleza, intimidad y continuidad" todo con respecto a la época precisa a que alude el artículo 92 del Código Civil.

Dice en efecto que si Josué Flórez nació el 3 de agosto de 1972, su concepción, desde el punto de vista de la presunción de derecho del artículo 92 citado, se remonta a un período que fue del 8 de octubre de 1971 al 5 de febrero de 1982. Si teniendo en cuenta lo dicho, se verifican las referencias cronológicas de hechos que interesan para efecto de la causal en examen, se verá que la testigo alude a hechos sucedidos en febrero y junio de 1971; luego citó el mes de diciembre siguiente pero para ese mes y año Isidra había salido del Hospital sin que la declarante hubiese vuelto a saber de ella hasta cuando ya el niño tenía dos años, no obstante afirmar luego que supo que 20 días después de haber salido del Hospital se encontraba donde unos familiares en el caserío del Hato y que ya tenía dos meses de embarazo. A pesar de ello, destaca el Tribunal que es bien significativo el aparte de su declaración en donde dice que "...encontré al doctor Higuera Páez y María Isidra Flórez en la pieza de él, y como yo ya sabía las relaciones entre ellos, me regresé, cogí una pastilla de connal y me fui a mi cuarto. Ellos estaban sentados a la orilla de la cama del doctor Higuera, quien estaba en pijama y María Isidra vestida con un uniforme de enfermera...", (F. 44 vto. C. Nº 2).

Dados los pocos aportes que en lo atinente a las relaciones sexuales hace la testigo Figueroa Jaimes, dice el Tribunal, la causal de relaciones sexuales no puede servir de sustento a la sentencia, por lo cual procede luego a examinar la prueba que sirvió al Juez de Menores para dar por demostrada la causal contemplada en el numeral 5º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968 en la cual también fundamentó la declaración de paternidad natural.

Examina, en primer término la declaración de Ana Briceida Carreño León, residente en un inquilinato de la población de Piedecuesta (S.) a donde, dice la propia exponente, llegó en junio de 1982 la embarazada Isidra Flórez en compañía de Josué Higuera Páez, a rentar una pieza para aquélla, amaneciendo ambos en la misma habitación.

"Dijo más adelante la testigo —según reproducción del Tribunal—, que el señor Higuera había vuelto —el mismo día— al cuarto de la señorita Flórez, trayéndole una cama y demás menaje, en una camioneta celeste blanco (Decl. f. 21), retornando a ese lugar hasta la fecha siguiente al parto de la mujer, ocasión en la que le oyó serios reclamos (de él, para aquélla) sobre las condiciones físicas que a sus ojos de médico mostraba el recién nacido. Después, añadió la informante, el demandado volvió vario tiempo (sic) luego, en una camioneta (no se sabe si en la misma, o distinta, pero éste es detalle nimio que no altera la esencia de lo dicho) y trasteó definitivamente a la madre y al niño para la ciudad de Bucaramanga. Esta diáfana exposición, fue primeramente rendida ante el Defensor de Menores de Bucaramanga, pero se ratificó —por así decirlo— con toda la importancia y trascendencia de una prueba judicial, en la recepción que se efectuó el 2 de agosto de 1980 ante el señor Juez Segundo Civil de Menores de esta ciudad, donde doña Briceida, hizo hincapié en la llegada conjunta de los dos amantes al inquilinato de la narración, el día 21 de junio de 1972, 43 días antes del alumbramiento de Josué, y en la obstensible presencia del señor Higuera con Isidra Flórez en la referida pieza durante buen tiempo del día en cuestión, con idas y venidas del solícito acompañante hasta Bucaramanga para procurarle cama y aprovisionamientos a la embarazada, notándose de bulto que la conducta de verdadero padre (que así se le endilga a Higuera) consistía en dejar en ese ignoto inquilinato a su amante, hasta que pasara su inminente alumbramiento. Téngase cuidado: al observar lo expresado por la declarante Carreño, en la reiteración que hizo de todos y cada uno de los detalles de su primera pseudo-intervención, en especial la preocupada vuelta del demandado Higuera en momentos en que recién había nacido la criatura de Isidra, haciendo gala de interés profundo y de marcada afección por el pequeño, hasta el punto de hacerle notables y audibles reclamos a la progenitora por sus descuidos y mal empleo de sus ayudas económicas, en la misma forma en que cualquier responsable padre lo hubiera hecho con relación a su hijo, determinándose —para situación anómala que vio, no continuara— a llevar a la pareja de madre y niño para otro lugar en Bucaramanga. Precisamente sobre este *trato* dado por Higuera a la madre, fue en extremo gráfica la declarante, al advertir que, como vecina de pieza, había oído perfectamente bien, lo siguiente:

"...La primera vez no oí lo que hablaron, pero cuando nació el niño sí oí que la estaba regañando porque el niño estaba muy delgadito, muy

flaquito, que para eso él le estaba dando para la leche, que tenía que ponerle más cuidado al niño. Preguntada: '¿Cuántos días de nacido tenía el niño a que se refiere en su respuesta anterior a la fecha en que fue a visitarlo el nombrado señor?'. Contestó: 'No recuerdo exactamente, pero creo que tenía más o menos veinte días de nacido o un mes'. Preguntada: ¿Pudo presenciar usted directamente que el señor a que se refiere hubiera aportado dinero para la subsistencia de la señora María Isidra Flórez y de su menor hijo, así como para pago de arriendo de la pieza que ocupaba ella?'. Contestó: 'Yo personalmente no presencié, pero ahí María Isidra decía que ese señor era el que le mandaba el dinero para los gastos, pues ella no tenía a quién más pedirle y la dueña de la casa decía que ella pagaba el arriendo con plata que le mandaba el doctor Higuera'. Preguntada: '¿Cuánto tiempo permaneció viviendo en esa casa María Isidra Flórez?'. Contestó: 'Ella llegó ahí en junio de 1972 y se fue como en noviembre del mismo año. Ahora recuerdo que también fue el mismo señor que se mencionaba como el doctor Josué Higuera a traerla para Bucaramanga en la misma camioneta, pues yo lo vi personalmente' ".

Con fundamento, pues en lo aseverado por este testigo que lo encuentra verosímil, preciso y responsivo, lo expresado por la anterior declarante en lo que a esta causal se refiere, lo mismo que la conclusión de compatibilidad científica de las pruebas de examen sanguíneo y de características heredoantropométricas, concluye el Tribunal que todo guarda perfecta armonía con lo manifestado por la demanda primero ante el Juzgado de Menores y luego en la contestación de la demanda y por lo tanto la sentencia objeto de la revisión debe mantenerse.

"Para el Tribunal, dice refiriéndose al resultado final de la apreciación de la prueba, los acontecimientos 'no desvirtuados' de que durante parte de la época del embarazo y después del parto, el demandante Higuera Páez hubiera tratado a Isidra Flórez como se lo hace con la (futura) madre de un hijo propio: consignándole habitación, trayéndole personalmente cama y vasijas, preocupándose en extremo por el aspecto físico del recién nacido y buscándole, más luego, otro lugar de residencia, constituye a no dudar, el supuesto de hecho a que se refiere el ordinal 5º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, máxime si para arribar a la apreciación anterior, se debe tener en cuenta el peso de convicción que arroja la 'comunidad de vida íntima' que los amantes traían subrepticiamente en el Hospital de San Andrés y sus salidas (acompañadas de otra enfermera, a manera de mascarón de proa) a la finca del actor, siendo indescartables las aproximaciones íntimas que entre ellos existían desde mucho antes del lapso a que se refiere el artículo 92 del Código Civil. Es que, no por el hecho de que la prueba de autos no haya servido para comprobar las relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre durante el lapso del artículo 92 del Código Civil no se quiere significar que no las hubiera habido entre Higuera y Flórez, porque sobre ese tiempo amplio la prueba sí es más contundente, llevando a creer en esa circunstancia al más desprevenido de los juzgadores, con base a las afirmaciones de la declarante Figueroa Jaimes.

"La deponente Camacho León es entonces la piedra angular sobre la que se cimenta una declaratoria de paternidad natural para el demandante, por la causal 5ª del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, ya que a su versión se

le agrega la probada condición de amantes que traían Higuera y Flórez (él como médico director y ella como enfermera, en el Hospital de San Andrés) y la compatibilidad de la prueba de expertición doble que milita en el informativo, no tratándose entonces de una solitaria prueba inexplicable en contra de un varón puro y honesto en sus costumbres; sino, de una declaración responsiva, verosímil, creíble y muy digna de fiar en lo tocante a la poca, pero, esclarecedora intimidad de Higuera y la Flórez, que pudo observar de junio a agosto de 1972.

"No parece buen recibo que se alegue que no hay lógica alguna en la conducta del doctor Higuera al tomar el camino de las cosas ocultas: la pieza de la anónima vecindad de Piedrahita, después de haber dizque llevado una vida pública de salidas con Isidra y otra compañera en el Municipio de San Andrés: porque, no era tan pública la relación existente in illo tempore en esa localidad, toda vez que los amantes debían procurar que las monjas del Hospital no se dieran cuenta, al tiempo que sí hay algo que aclara el interrogante: había de por medio un embarazo, procurado por el Jefe del Hospital sobre una de sus subalternas, en condiciones laborales que no le permitían sostener la supuesta publicidad precedente (de ahí el insinuado retiro de Isidra de la institución). Sin embargo, la probada preocupación de padre, de Higuera con Isidra, durante buena parte del embarazo y después del parto, hacen resaltar, todos esos pasos precedentes que a buen sigilo se daban. ¿A cuento de qué la señorita Figueroa Jaimes y una persona que nada tenía que ver con los actores de este drama, la señorita Camacho León, hubiera tenido que venir a decir lo que no era verdad? Nada lo explica sino la simple circunstancia de declarar ante la autoridad la verdad de algo conocido. A las mismas metas de convicción a que llegaron los sentenciadores anteriores se llega, con meridiana claridad; pero, con respecto a la causal del ordinal 5º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968 únicamente, con sillar o respaldo en el escaso pero vital material probatorio de testimonios recaudado, debiendo sumarse el resultado de posibilidad científica que tiene lo preterdido... la versión de la señorita Carreño León, no tiene el más mínimo asidero que permita desecharse, hasta el punto de que la parte actora ni siquiera intentó prueba de reconocimiento en rueda de personas, u otras variantes para descubrir en ella interés o parcialidad, y antes bien, hay buen piso para sospechar de que se trató de presionarla para que no dijera la verdad (de todo cuanto a ella le constaba) tal como ella lo reportó en sus exposiciones ante la justicia de menores".

El recurso de casación

Contra la sentencia que se ha dejado extractada, un solo cargo con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil formula el recurrente. Denuncia violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 6º numeral 5º y 18 de la Ley 75 de 1968, a consecuencia del error de derecho en que incurrió el Tribunal "en la apreciación de las pruebas que sirvieron de apoyadura a la declaración de paternidad". Como violación medio indicó los artículos 174, 181, 183, 228, 229, 396 y 397 del Código de Procedimiento Civil.

En el desarrollo del cargo sostiene el recurrente que la prueba del supuesto trato personal y social dado por el demandado a la madre durante

el embarazo y parto, causal que sirvió de fundamento al Tribunal para la declaratoria de paternidad, consistió en las declaraciones de Ana Briceida Carreño y María Josefina Figueroa Jaimes tomadas en conjunto.

Sin embargo, un examen de los autos demuestra que esas pruebas no se produjeron en forma singular para que pudieran ser tenidas como tales según lo exigen los artículos 174 y 183 del Código de Procedimiento Civil, pues aun cuando el testimonio de María Josefina Figueroa Jaimes sí se recepcionó por el juzgado del conocimiento, el de Ana Briceida Carreño León "que es fundamental en las deducciones del Tribunal y sin cuya presencia cae por su base la declaración de paternidad natural, no fue tomada ante el Juez del conocimiento en el proceso ordinario que culminó con la sentencia del Tribunal, por lo cual este medio de prueba no se sometió al principio de contradicción del mismo, quebrantando el derecho de defensa de la parte e incurriendo en una informalidad que le resta eficacia final al testimonio".

"Sin la contradicción —sostiene más adelante— los medios de prueba no llegan a tener plenos alcances demostrativos y en tratándose de la prueba de testigos, cuando estos han sido recepcionados anteriormente se impone su ratificación, la que presupone la repetición del interrogatorio ante el Juez del conocimiento y en la forma establecida para la recepción original, según lo manda el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil".

En armonía con lo anterior, arguye el censor, al no haberse ratificado dentro del proceso la declaración de Ana Briceida Carreño León no se le podía atribuir mérito probatorio; mas, como a pesar de ello el Tribunal apoyó en ella su fallo incurrió en el error de derecho denunciado y aplicó indebidamente las disposiciones enunciadas en el cargo.

Como la sentencia impugnada, reitera el casacionista, se apoya en dos declaraciones, al quedar en pie sólo una de ellas, la causal tomada en cuenta por el Tribunal quedaba sin fundamento suficiente y se imponía la revisión de la sentencia del Juzgado de Menores, con absolución para el demandado, que es precisamente el alcance de la impugnación que a través de este recurso extraordinario formula, termina diciendo el casacionista.

Consideraciones de la Corte

1. *De conformidad con los principios que informan nuestro estatuto probatorio, el fallador sólo podrá declarar la existencia de un derecho o relación jurídica con fundamento en la certeza que tenga de ellos, o si están legalmente presumidos, o la ley los exime de la prueba y no se demostró el hecho contrario. El fin de la prueba es, pues, llevar a la inteligencia del juzgador la convicción suficiente para que pueda decidir con certeza el asunto materia del proceso, como se infiere de lo preceptuado por los artículos 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil.*

Para que la prueba cumpla su fin de lograr la convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos que estructuran la relación material que se controvierte en el proceso, en forma que la sentencia que se profiera sí corresponda a la realidad de lo acontecido, como lo ha reiterado la Corte,

tiene que corresponder inexorablemente a ciertos y determinados principios, sin cuya observancia no puede merecer eficacia jurídica, referentes, entre otros aspectos, a su diligenciamiento, entendido éste como el conjunto de actos que es necesario cumplir para la incorporación de la prueba al proceso, lo mismo que para practicarla y valorarla o ponderarla (Cas. 7 de febrero y octubre de 1984 aún no publicadas).

2. *Entre los principios que han de observarse en la producción y aportación de la prueba al proceso se halla el de la contradicción, según el cual la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, es decir, la prueba debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes.*

Precisamente, en desarrollo de este principio, el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, al referirse a los testimonios recibidos fuera del proceso, establece que la apreciación de testimonios rendidos fuera de él, sin audiencia de la contraparte, requiere la ratificación, para lo cual se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción de testimonios en el mismo proceso.

Ahora, cuando el testimonio se recibió en otro proceso y se quiere hacer valer en uno posterior, lo que se plantea es un problema de traslado de prueba que el Código soluciona en su artículo 185. En tal caso, para saber si es indispensable o no la ratificación, será necesario verificar si la prueba se practicó en proceso venidero entre las mismas partes o entre partes total o parcialmente distintas. En la primera hipótesis, como lo previene la disposición que se acaba de citar, basta llevar la copia auténtica con las constancias necesarias para que se pueda conocer si fue practicada con las formalidades procesales y entre qué partes se adelantó el proceso. En la segunda situación, como no se practicó con audiencia de esta parte en el otro proceso, es indispensable su ratificación.

3. En el caso de este litigio, el censor imputa al Tribunal como error de derecho haberle reconocido eficacia probatoria a la declaración de Ana Briseida Carreño León por no haber sido recibida por el Juez de conocimiento ni haberse solicitado su ratificación de este proceso, yerro que ciertamente no se configura.

El demandante Josué Higuera Páez, al solicitar la revisión de la sentencia proferida por el Juez Segundo Civil de Menores de Bucaramanga el 6 de noviembre de 1980, en donde fue declarado padre natural de José Flórez, pidió que se tuvieran como pruebas las practicadas por dicho Juzgado y la parte demandada solicitó tener como tales, además de la prueba científica, la declaración de María Antonia Carrasco, la cual junto con otras pedidas por el curador *ad litem* recepcionó el Juzgado. Y el Juzgado Segundo de Menores de Bucaramanga, conforme a lo solicitado por el Juez del conocimiento, con sujeción a lo dispuesto por los artículos 115 y 254 del Código de Procedimiento Civil, ordenó compulsar copia del proceso de investigación de la paternidad natural, promovido por el Defensor de Menores a nombre del menor Josué Flórez contra Josué Higuera Páez y que culminó con la sentencia objeto de esta acción de revisión.

De las referidas copias resulta que entre las pruebas solicitadas por el representante del menor y que sirvieron al Juez de Menores para declarar

la paternidad natural del recurrente, se halla la declaración de Briscida Carreño León, la que una vez decretada se recibió en audiencia llevada a cabo el 2 de agosto de 1980.

4. Como fácilmente se aprecia, el testimonio de Briscida Carreño León, fue trasladado en copia a este proceso de revisión por haberlo solicitado así el mismo demandante. Y como en el proceso del cual se trasladó fueron partes quienes ahora lo son en éste, no era necesaria la ratificación, pues como lo establece el artículo 229 cuya falta de aplicación denunció el censor, sólo se requiere cuando en el proceso anterior se hubiere recibido el testimonio sin audiencia de la contraparte y es un hecho demostrado que en el proceso de investigación de la paternidad intervino el recurrente oponiéndose a tal declaración. De suerte que como el traslado de la prueba se hizo con sujeción a las previsiones del artículo 185 del mismo Código, el Tribunal podía apoyar su sentencia también en esa declaración, como efectivamente lo hizo.

5. Viene como corolario de lo dicho que el cargo no ha de prosperar, como en efecto lo declarará la Corte en la parte resolutiva.

Resolución

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de 25 de enero del año anterior, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

Costas en casación a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

DEMANDA

INTERPRETACION. **Es deber indeclinable del juzgador sobretodo cuando se halla frente a demandas que adolecen de imprecisión, interpretarlas para desentrañar la verdadera intención del demandante. El error de hecho en la interpretación de la demanda.**

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

Bogotá, D. E., 19 de julio de 1985.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 12 de diciembre de 1983, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario instaurado por Luz Mariela Rúa y otros en frente de los herederos de Arturo Pérez Valdés.

1. El litigio

1. Mediante escrito del 31 de julio de 1981, Luz Mariela y Amparo María Rúa, Jaime Arturo Pérez Rúa y Jairo Eduardo Rúa, representado éste por su madre Guillermina Rúa Zapata, demandaron ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros, a Eva, Virginia y Ana de Jesús Pérez Valdés, como herederas de su hermano Arturo Pérez Valdés, a fin de que se hiciesen por la justicia, previa la tramitación del proceso ordinario de mayor cuantía, las siguientes declaraciones:

Que los demandantes, hijos naturales de Guillermina Rúa Zapata, lo son también de Arturo Pérez Valdés, "por haber acreditado fehacientemente la posesión notoria de tal estado civil durante el tiempo requerido por la ley"; que, como tales, tienen derecho a usar el apellido de su padre fallecido ya "y todas las demás prerrogativas que de dicha calidad se desprenden"; y que se tome nota del reconocimiento y se hagan las anotaciones pertinentes en las actas de nacimiento de los demandantes.

2. Los hechos que éstos invocaron en su demanda como constitutivos de la *causa petendi*, quedan sustancialmente sintetizados en las siguientes afirmaciones:

Que desde el año de 1955 y hasta finales de 1964 Guillermina Ría Zapata, que a la sazón era soltera y vivía en la finca denominada "Piedra Hermosa" del Municipio antioqueño de Gómez Plata, y el finado Camilo Arturo o Arturo Pérez Valdés "hicieron vida marital en común", "relaciones que durante este lapso fueron estables, públicas y notorias"; que fruto de "estas relaciones sexuales estables y continuas" fue la procreación de los demandantes, cuyos nacimientos ocurrieron, en su orden, el 17 de diciembre de 1957, 6 de julio de 1959, 20 de marzo de 1960 y 18 de mayo de 1964; que durante todo el transcurso del tiempo indicado y aún posteriormente Arturo dio a Guillermina la protección debida, lo mismo que a sus hijos, los demandantes, a quienes prodigó atenciones "tales como buscar y contratar comadronas y asistentes para los partos, buscar y nombrar los padrinos y madrinas y acompañarlos en los actos de bautismo... con todo lo cual demostraba que tenía conciencia y responsabilidad de su paternidad"; que desde cuando los demandantes nacieron y hasta la muerte de Arturo Pérez, éste dio siempre a aquéllos el tratamiento de hijos suyos, atendió a sus necesidades y los presentó en esa calidad a sus amigos y conocidos y también ante sus deudos y familiares, "pues no tenía ambajes para reconocerlos como tales con manifestaciones de afecto y cariño paternales".

Añadieron los demandantes que Pérez Valdés murió célibe en Medellín el 11 de febrero de 1981; y que el 28 de enero anterior había otorgado su testamento mediante el otorgamiento de la Escritura pública número 47, pasada ante el Notario Quince de allí, acto mediante el cual instituyó como herederas suyas a sus hermanas Eva, Virginia y Ana de Jesús Pérez Valdés.

3. En sus oportunas contestaciones a la demanda las demandadas se opusieron a las súplicas en ella deducidas; y en cuanto a los hechos, salvo los atinentes al otorgamiento de testamento por Arturo Pérez, institución de sus herederos y muerte de éste, los cuales sí aceptaron, negaron los demás. Afirmaron que no es cierto que su hermano hubiera hecho vida marital con la sobredicha Guillermina, pues que "él siempre vivió con nosotras, aquí en nuestra casa que ha sido la casa paterna y jamás faltó de la casa"; y que no es cierto que les hubiera dado a los demandantes el tratamiento de hijos suyos.

En esa misma oportunidad las demandadas propusieron, como excepciones de mérito, las que denominaron "carencia de acción, falta de causa para demandar, inexistencia del ente jurídico demandado y la genérica".

4. Replicada en tales términos la demanda, se continuó luego la ritualidad de la primera instancia del proceso con la práctica de las pruebas pedidas por ambas partes.

Y agotada que fue la ritualidad del grado el juzgado del conocimiento, que como está dicho lo fue el Promiscuo del Circuito de Cisneros, dictó su sentencia de 27 de abril de 1983, mediante la cual, al haber encontrado suficientemente demostrado la posesión notoria invocada, declaró a todos

los demandantes como hijos naturales del finado Arturo Pérez Valdés; ordenó, en consecuencia, inscribir en el registro del estado civil los reconocimientos de paternidad natural hechos; y, por último, impuso a los demandados las costas procesales.

5. Como efecto de la apelación interpuesta por las demandadas contra lo así resuelto el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el que, luego de haber rituado el trámite de la instancia, profirió su sentencia de 12 de diciembre de 1988, por la cual infirmó la apelada y, en su lugar, denegó las peticiones deducidas en la demanda inicial del proceso; absolvió a las demandadas de los cargos que en dicho libelo se formularon contra ellas; y, por último, impuso a los demandantes las costas causadas en las dos instancias.

II. Los fundamentos del fallo de segunda instancia

1. En el preámbulo de las consideraciones de su fallo el Tribunal de Medellín, luego de relatar los antecedentes del litigio, acomete el análisis de la pretensión de paternidad natural, que es la que encuentra deducida en la demanda inicial; estima, en efecto, que en dicho libelo sólo se invocó la presunción fundada en la posesión notoria del estado de hijo, cuyo fundamento jurídico ubica en lo preceptuado por el artículo 9º de la Ley 75 de 1968.

2. Y luego de hacer la disección de tal texto legal, para inferir los elementos axiológicos de la referida presunción, dice que ella no está demostrada en el presente caso, puesto que, agrega: "De toda la prueba testimonial analizada podemos concluir que los testigos no son dignos de mucho crédito por la inclinación que revelan a las afirmaciones de mera inferencia y a considerar como amancebamiento lo que eran visitas más o menos prolongadas".

En el análisis global que hace de la prueba testimonial, añade el sentenciador que ella no indica el tiempo en que ocurrió "la presentación como hijos", que de los demandantes hizo el finado Arturo Pérez; "ni tampoco el espacio durante el cual suministró el sustento y la forma como lo hizo".

4. En el análisis crítico que separadamente hace de cada uno de los testimonios, refiriéndose a las declaraciones de Ana Eva y Ana de Jesús Pérez, hermanas del presunto padre, dice que ellas desconocen la paternidad así atribuida a su hermano Arturo, pues afirman que éste "permaneció siempre en su hogar con ellas y con su madre, por lo que no es verdad que haya hecho vida de amancebamiento". Que, como lo declara la testigo Ana Velásquez, "claro que él vivía acá en Gómez Plata, pero iba mucho a Piedrahermosa y tuvo los hijos, y él veía por ellos". Agrega, luego de hacer la labor ponderativa de esta declaración, que según él "Arturo Pérez no hizo vida de amancebamiento, es decir de convivencia constante con la madre natural bajo un mismo techo"; que, en cuanto al trato, "se limita a decir que les mandaba comida, pero no da en modo alguno los detalles de ese suministro"; que es "muy dudoso ese testimonio, puesto que si tan abiertamente reconocía a los demandantes, resulta extraño el que tal hecho no haya sido reconocido por el vecindario en general".

Considera además el *ad quem*, frente a este testimonio, que con él puede darse por acreditada, pues trae un indicio de relaciones sexuales, pero que tal indicio no puede considerarse, pues, "sin embargo, esa causal no fue alegada, sino meramente la posesión notoria".

Refiriéndose a la declaración jurada de Carlina Martínez, dice el *ad quem* que es contradictoria, pues después de afirmar que Guillermina y Arturo sí convivieron públicamente bajo un mismo techo, agrega posteriormente que "Arturo iba y se estaba con ella tres o cuatro días y venía al pueblo a hacer sus vueltas", por lo cual ello "no puede entenderse como una convivencia continua, pública y notoria".

Y luego de transcribir otros apartes de la declaración de esta testigo, expresa la sentencia que "ellos servirían también como indicio de las relaciones sexuales durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción, pero se insiste en que no fue la causal alegada como fundamento de lo pretendido".

De la declaración rendida por Luis Antonio Vanegas, quien dice que algún tiempo después de la muerte de su marido Guillermina Rúa "inició vida marital con Arturo Pérez, la cual duró por nueve años", expresa la sentencia que este testimonio no merece credibilidad, pues "no expresa detalle alguno sobre la clase de alimentación que daba a los hijos ni el tiempo durante el cual hizo a ellos tal suministro".

5. Iguales o semejantes críticas hace a los testimonios de Magdalena Velásquez Ospina, César Velásquez y Carlos Isaza García.

Del primero dice que la declarante "lo afirma todo por inferencias, dizque porque los hijos nacieron en casa de Guillermina y Arturo, y aquélla no tenía más hombres". No se ve de dónde afirma la propiedad de la casa, siendo así que el testigo "sólo hacía visitas intermitentes a aquélla"; del segundo afirma que "la crítica que se ha hecho a otras declaraciones puede hacérsele a ésta, y es que atribuye convivencia y amancebamiento a unas relaciones que no eran continuas, pues dice que él viajaba mucho por allí, es decir, no había convivencia sino visitas, cuya reiteración se desconoce". Finalmente, de la tercera declaración citada, asevera la sentencia que aun cuando en ella el testigo habla de la convivencia de Guillermina y Arturo por diez o doce años, ello no resulta cierto, puesto que, en razonamiento del Tribunal, no puede existir amancebamiento cuando los amantes sólo conviven algunos días de la semana.

6. Estima el Tribunal finalmente, y es ésta otra razón en la que sustenta su fallo desestimativo, que lo dicho por todos los testigos "tiene mérito, a lo menos, para establecer las relaciones sexuales durante la época en que pudo tener lugar la concepción, por el trato personal y social que dio a la madre durante el embarazo y parto", pero que, añade, la pretensión de paternidad sólo se fundó en posesión notoria; que la causal de relaciones sexuales "no fue alegada en la demanda".

Y luego de transcribir el hecho 6º de la demanda y la primera petición en ella deducida, expresa el sentenciador *ad quem*, reiterando así su criterio: "Entonces, indiscutiblemente la única causal alegada fue la *posesión*

notoria, y esa no se acreditó, pues para ello era menester haber establecido que el presunto padre trató a los hijos como tales...".

III. El recurso extraordinario

Como ya está dicho, contra la sentencia que se deja extractada interpusieron casación los demandantes. En la respectiva demanda los recurrentes formulan contra dicho fallo dos cargos, ambos con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, de los cuales se despacha el primero que viene apoyado en razones suficientes para casar el fallo combatido.

Cargo primero.

1. Mediante éste se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 1, 4 numeral 4, 19, 20, 23 y 24 de la Ley 45 de 1936; 6º (numerales 4 y 6), 9 y 10 de la Ley 75 de 1968; 399, 404, 1008, 1010, 1011, 1012, 1013, 1037, 1155, 1240 y 1276 del Código Civil; y 1, 5, 6, 22, 44, 60 y 66 del Decreto 1260 de 1970, a causa del error de hecho manifiesto en que habría incurrido el Tribunal al aprobar la demanda inicial del proceso.

2. En desenvolvimiento de este cargo el casacionista, luego de algunas citas jurisprudenciales referentes a la obligación que asiste a los jueces de interpretar las demandas, dice que en el presente caso el Tribunal de Medellín, "obnubilado quizá por el énfasis que, en la demanda, especialmente en el *petitum*, se hizo sobre la posesión notoria..., no se percató de que expresamente, en los hechos primero y segundo del libelo introductorio, se alegó también como causal de paternidad el trato sexual entre Arturo y Guillermina, no sólo para la época en que cada uno de los cuatro demandantes fue concebido, sino para el largo tiempo transcurrido entre el año de 1955 y finales de 1964".

Agrega la censura que si es evidente que la demanda con la cual se inició este proceso "no es modelo en su género", resulta sin embargo claro que en ella, "de manera clara y precisa, los demandantes alegaron, como fundamento de la pretensión de filiación natural, no solamente la causal de posesión notoria del estado civil de hijos naturales frente a Arturo Pérez, sino que la que consiste en las relaciones sexuales que, por lapso cercano a los diez años, sostuvo éste con Guillermina Rúa".

3. Con el propósito de demostrar el yerro de facto que le enrostra al sentenciador, el impugnante transcribe en su demanda los dos primeros hechos del libelo incoativo de este proceso, en los cuales se afirmó la existencia de una vida marital entre Guillermina y Arturo, para decir a continuación el censor: "Brota con la fuerza avasalladora de la evidencia, contrariamente a lo afirmado por el Tribunal de Medellín, que en el texto transcrito se alega también como hecho de la *causa petendi*, el trato sexual que Arturo y Guillermina sostuvieron durante ese largo lapso de diez años".

Explica el casacionista que tal vez fue el énfasis que los demandantes pusieron a la posesión notoria invocada en su demanda; pero agrega que

esa fuerza no puede llevarse hasta tal punto "que la otra causal allí alegada, la de relaciones sexuales, quedara sepultada". Y añade que "La evidencia de que los demandantes sí invocaron las relaciones sexuales mencionadas sube de punto cuando se advierte que, entre los fundamentos de *derecho* de la demanda (f. 3 del cuaderno principal), se indicaron, entre otras disposiciones, los numerales 4 y 6 del artículo 6º de la Ley 75 de 1968", el primero de los cuales consagra la presunción de paternidad con apoyo en las relaciones sexuales.

4. Concluyendo la fundamentación de este cargo, expresa el casacionista: "Viene de todo lo anterior que al no percibir el Tribunal de Medellín que tanto en los hechos primero y segundo de la demanda como en los fundamentos de derecho de la misma, se invocó la causal de relaciones sexuales como base para hacer la declaración de paternidad natural suplicada, cercenó el real contenido de esa pieza probatoria, alterando la propia objetividad del libelo, con lo que incurrió en la comisión de un manifiesto yerro fáctico que lo llevó a infringir, por falta de aplicación, las normas sustanciales indicadas al principio del cargo".

IV. Consideraciones de la Corte

1ª *Es hoy verdad averiguada que la jurisdicción de la Corte en casación para conocer de las cuestiones fácticas es excepcionalísima y limitada. Uno de estos casos de excepción es precisamente cuando hay error de hecho, o sea cuando el juez desacierta ostensiblemente en la contemplación objetiva de la prueba, o de la demanda introductoria del proceso. Y esta especie de yerro, para que sea relevante en casación, tiene que ser, por mandato expreso de la ley y exigencia de jurisprudencia uniforme, evidente o manifiesto y además trascendente.*

Es evidente, ostensible o protuberante el yerro cuando aparece prima facie; *o sea, el que precisamente por ser tan grave y notorio, para poderlo encontrar no requiere mayores esfuerzos o razonamientos, sino que por sí solo se impone como una absoluta disconformidad con lo que el contenido objetivo de la prueba ostenta. Y es trascendente cuando repercute en la decisión, a tal punto que sin él el juzgador habría fallado el pleito en sentido totalmente contrario.*

2ª *La labor del juez, como dispensador del derecho, es de modo principal interpretativa y su metodología, en consecuencia, debe encaminarse a desentrañar el sentido o propósito de la norma jurídica que forma parte de un todo sistemático, como también al entendimiento cabal de la conducta del sujeto de derechos cuando desarrolla su actividad social trascendente para el ordenamiento jurídico y se vincula a sus semejantes, bajo formas diversas, con el objeto incuestionable de lograr sus propios fines. Corresponde pues, a quien está encargado de administrar justicia, interpretar los actos procesales y extraprocesales que se relacionen con cada litigio que le competa a fin de poder, en últimas, aplicar con acierto las precisas disposiciones legales que regulen la materia.*

Por ello se ha dicho que es deber indeclinable del juzgador, sobre todo cuando se halla frente a demandas que adolecen de imprecisión, interpre-

tarlas para desentrañar la verdadera intención del demandante, y que en esta tarea debe tener en cuenta todo el conjunto del libelo y además, si ello fuere menester para precisar su verdadero sentido, todas las actuaciones desarrolladas no sólo en el curso del proceso sino también durante la génesis del litigio. Lo cual significa que dicha labor ponderativa del juzgador, para que esté de acuerdo con su fin y naturaleza propios, no puede operar ni mecánica ni absolutamente: no lo primero, porque sólo procede una interpretación racional, lógica y ceñida a la ley; y menos lo segundo, porque trabada la relación procesal, de ella emerge para el demandado el derecho a impedir que se cambie la pretensión deducida en la demanda o los hechos sobre los cuales ésta se apoyó.

Es posible que al interpretar la demanda el juez se equivoque, sea por contraevidencia respecto a su causa petendi o a su petitum. Tanto en éste como en aquel supuesto incurre en yerro fáctico que lo puede conducir a la violación de normas de derecho sustancial por aplicación indebida, ya que dirime el conflicto con apoyo en preceptos que no regulan el caso controvertido, o por falta de aplicación de las disposiciones legales pertinentes. En todo caso, el yerro de hecho en la interpretación de la demanda tiene trascendencia en casación solamente cuando la que el juzgador le dé resulta ostensiblemente contraria o contraevidente a la que la demanda muestra en su contenido objetivo.

3ª En el caso de este proceso estimó el Tribunal Superior de Medellín, y así lo expresó reiterativamente en su sentencia, que muy a pesar de haber encontrado en los autos prueba demostrativa del trato sexual entre Guillermina Rúa y Arturo Pérez por la época de la concepción de los demandantes, no procedía hacer la declaración de paternidad natural suplicada por éstos porque esa causal, la de relaciones sexuales, "no fue alegada, sino meramente la posesión notoria"; "se insiste en que no fue causal alegada como fundamento de lo pretendido"; "indiscutiblemente la única causal alegada fue la *posesión notoria*".

Una ligera labor de parangón entre el contenido objetivo que muestra la demanda inicial del proceso y la conclusión del sentenciador en el punto, permite advertir que esta es contraevidente; que hay clara desarmonía entre tales dos extremos, pues mientras los demandantes sí invocaron en su libelo la causal de relaciones sexuales como fundamento de la paternidad suplicada, y no solamente la de posesión notoria, el Tribunal dice y reitera que la alegada fue solamente ésta y no aquélla.

Es cierto que en la demanda inicial los demandantes, al pedir el reconocimiento de su paternidad natural en relación con Arturo Pérez Valdés, hicieron énfasis en la posesión notoria del estado de hijos que éste dio a aquéllos; pero no es menos cierto que al relatar la *causa petendi* de su pretensión, en los hechos 1º y 2º de la demanda, aludieron expresamente a las relaciones sexuales entre Pérez y Guillermina, no sólo para la época en que cada uno de los demandantes fue concebido, sino para el lapso de tiempo transcurrido entre los años de 1955 y 1964. Tales hechos dicen, en efecto y en su orden: "El señor Camilo Arturo o Arturo Pérez Valdés y la señora Guillermina Rúa Zapata hicieron vida marital en común desde el año 1955 hasta finales de 1964 en la finca denominada 'Piedra Hermosa'... relaciones que durante ese lapso aproximado de 10 años, fueron

estables, públicas y notorias...''; y ''En el transcurso de estas relaciones sexuales estables y continuas fueron procreados y nacieron los siguientes hijos:...''.

4ª La lectura desprevenida de la demanda inicial del proceso, particularmente el contenido de sus dos primeros hechos, permite ver que contrariamente a lo afirmado por el Tribunal de Medellín, los demandantes, además de la posesión notoria como causal de la paternidad natural demandada, invocaron clara y terminantemente la de relaciones sexuales habidas entre Arturo y Guillermina durante un largo espacio, cercano a los diez años, durante los cuales ocurrió la concepción de todos los demandantes.

La evidencia de que los demandantes sí invocaron el trato sexual entre sus progenitores como causa para suplicar su paternidad natural sube de punto si se advierte, como tiene que advertirse, que entre los fundamentos de derecho que aquéllos dieron a su demanda indicaron, entre otras disposiciones legales, los ''numerales 4 y 6'' del artículo 6º de la Ley 75 de 1968. Y justamente el primero de estos dos preceptos dice que se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente: ''4. En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción''.

5ª Fluye de todo lo anterior la conclusión de que el Tribunal de Medellín, al afirmar que en el presente caso no se ha invocado la causal de relaciones sexuales, sino únicamente la de posesión notoria como fundamento de la acción de estado deducida, mal interpretó la demanda inicial del proceso, pues le cercenó su real sentido alterando con ello el contenido objetivo que ese libelo muestra.

Ese yerro fáctico lo condujo, de contragolpe, a la violación de las normas sustanciales indicadas en el planteamiento del cargo, pues debido a él dejó de hacer la declaración de paternidad demandada. Por todo ello la acusación resulta fundada y por consiguiente la sentencia combatida en casación tiene que quebrarse para que la Corte, en sede de instancia, pronuncie el fallo que debe reemplazar al casado.

V. Sentencia de reemplazo

1º *Los presupuestos del proceso.*

En el caso que aquí se estudia los presupuestos del proceso, entendidos como los requisitos exigidos por la ley para la regular formación y el perfecto desarrollo de la relación jurídico-procesal, se encuentran presentes. No halla entonces la Corte, por este aspecto, impedimento que la inhiba para decidir con sentencia de mérito la controversia. En efecto:

La demanda con la cual se inició el proceso, en su estructuración formal, reúne todos los requisitos para ella exigidos por la ley de enjuiciamiento civil, por lo que puede hablarse de demanda en forma; y según la pretensión en ella deducida y los sujetos de la relación controvertida,

tiene que seguirse que la competencia para conocer de este proceso le corresponde, en primera instancia, al Juzgado Civil del Circuito de la vecindad de los demandados y, por ende, al Tribunal Superior respectivo en segunda instancia.

No merece reparo alguno la capacidad para ser parte, ni la capacidad procesal de los litigantes. No la primera, pues tanto demandantes como demandados son personas naturales, con aptitud por tanto para ser sujetos de una relación procesal; tampoco la segunda, pues si tanto los unos como los otros son mayores de edad, con capacidad legal para disponer de sus derechos, pueden comparecer por sí mismos al proceso, y el demandante que no goza de mayoridad ha sido representado por quien, según la ley, lleva su representación legal. Además, así los unos como los otros han actuado en el proceso por conducto de abogado inscrito.

2º *La pretensión de paternidad natural demandada.*

1. Según lo que se expuso al despachar el cargo que resultó próspero, dos son pues las presunciones o causas legales que los actores invocan para sustentar la declaración judicial de paternidad natural por ellos suplicada en su demanda: las relaciones sexuales habidas entre el presunto padre y la madre de los peticionantes, por la época en que tuvo lugar la concepción de éstos; y la posesión notoria del estado de hijos, o sea los motivos a que alude el artículo 6º de la Ley 75 de 1968, en sus ordinales 4º y 6º.

Y para acreditar las referidas causales la parte demandante adujo dos medios de prueba: testimonios y documentos, cuya apreciación pasa a hacer la Sala.

2. La testigo Cruz Ana Velásquez Ospina dice en su exposición jurada que por razón de haber vivido en las vecindades de Guillermina Rúa Zapata en la finca "Piedra Hermosa", del Municipio antioqueño de Gómez Plata, conoce a dicha señora y a Arturo Pérez Valdés hace más de 40 años, precisando en su declaración que éste "bajaba mucho allá en pos de Guillermina hasta que se consiguió a Guillermina y convivió con ella, y tuvo cuatro hijos de él; claro que vivía mucho acá en Gómez Plata, pero iba mucho a Piedra Hermosa y tuvo los hijos, y él veía por ellos, él les mandaba la comida..., él se quedaba tres o cuatro días con Guillermina y venía al pueblo y era él muy apegado a los hijos, de los nombres que yo recuerdo" y que a continuación precisa. Dice además la deponente que el mentado Arturo trataba "muy bien" a los demandantes, "los reconocía como hijos y no los llegó a negar a nadie, pues él decía, ¿cómo voy a negar mis hijos?".

Dice además la testigo que cuando Guillermina "se enfermaba, cuando ella iba a caer a la cama él pasaba a caballo y me decía, pues yo vivía a la orilla del camino, '*cruza* vamos que está enferma aquélla, se refería a la señora Guillermina, entonces yo le decía siga que ya voy, entonces yo me iba, no a atender el parto sino a ayudarle a la señora que le atendía el parto y que se llamaba Rosa Posada...'". Dice la testigo que cuando los niños nacían "el señor Arturo era feliz, a mí me tocó cuando los cuatro hijos nacieron"; añade que le consta, por las razones apuntadas, que Arturo y Guillermina convivieron "aproximadamente diez años", y que esa

convivencia, que tuvo lugar en la finca "Piedra Hermosa", fue "pública y notoria y yo lo veía cargando los hijos y salía a pasear con ellos"; que los tuvo en la escuela y siempre les daba todo lo que ellos necesitaban, "pues él los reconocía y en Gómez Plata y Piedra Hermosa sabían que eran sus hijos". Agrega que ella, la deponente, enterada como estaba del desarrollo de los acontecimientos, le decía "al señor Arturo Pérez, para tanto amor es mejor que se casen y él me decía, ella no quiere por temor a los hijos grandes, nada más".

En su declaración Carlina Martínez Meneses asevera que por haber sido vecina de Guillermina Ría conoció a ésta y a Arturo Pérez, quienes convivían "públicamente bajo el mismo techo y en la misma casa que le dejó el propio esposo al morir; ella quedó viviendo sola cuando quedó viuda, pues su esposo se llamaba Vicente Antonio Palacio...", "el señor Arturo empezó a suministrarle la comida y vivía con ella, pues él iba y se estaba con ella tres o cuatro días y venía al pueblo a hacer sus vueltas y él con ella era muy considerado, él se manejaba muy bien con ella". Dice la deponente que esas relaciones comenzaron después que Guillermina quedó viuda, y que fruto de ese trato sexual fue el nacimiento de cuatro hijos, los cuales determina y precisa por sus nombres; añade la testigo que ella, por petición de Arturo, ayudó en los partos: "me tocó colaborar, a asearlos, a bañárselos y ayudarle en la casa mientras ella se podía levantar"; que los padrinos de los niños los escogían "entre los dos y los nombres también entre los dos, y los sacaba a bautizar mi persona con el señor Arturo". Añade en su deposición que Guillermina y Arturo convivieron pública y continuamente "aproximadamente sus ocho o nueve años, durante los cuales nacieron los hijos"... "por las demostraciones de él tenían que ser sus hijos y al convivir con ella y al ella no tener más hombres tenían que ser hijos de Arturo Pérez".

También con respecto a las relaciones amorosas de Arturo y Guillermina el testigo Luis Antonio Vanegas Palacio, dando atendibles razones de la ciencia de sus dichos, afirmó que cuando Guillermina quedó viuda "siguió viviendo sola un tiempo y al tiempo se puso a vivir con Arturo Pérez Valdés"; que esa convivencia duró por espacio de ocho o nueve años y tuvo lugar en la finca Piedra Hermosa, de donde el testigo era vecino, y que en ese lugar "todos sabían que ella convivía con Arturo", relaciones en las cuales procrearon cuatro hijos; que en esa época Guillermina fue siempre fiel al amor de su amante: "no le conocí otro hombre". Añade el declarante que Arturo siempre trató a los demandantes como hijos suyos, los atendía, "los trataba muy bien, entonces deben ser hijos de él".

Relativamente a las relaciones amorosas de Guillermina y Arturo también depuso Magdalena Velásquez Ospina, que también vivió en la finca Piedra Hermosa. Dice esta declarante que allí conoció a Guillermina quien, luego de unos 3 o 4 años de viudez, "se puso a vivir con Arturo Pérez, y en esa unión hubieron cuatro hijos: dos niños y dos niñas", los cuales identifica por sus nombres. Que Arturo trató siempre a los demandantes como a sus hijos, "pues los reconocía y los sacaba por ahí a pasear"; que ellos "convivieron muy cerquita de diez años, si no fueron los diez"; que esa convivencia fue pública y permanente, pues incluso en

la casa de ellos "hacían fiestas e invitaban las gentes, y las fiestas eran muy buenas, a mí me invitaban desde Medellín y yo bajaba, pues él llevaba a bautizar a sus hijos a Medellín"; él atendía a los demandantes como a sus hijos, "en una palabra los cuatro hijos de Guillermina y Arturo nacieron en el paraje Piedra Hermosa y eran reconocidos por Arturo y nunca los llegó a negar". Y al preguntarle al declarante si los demandantes son el producto de las relaciones carnales de Guillermina y Arturo, expresó: "Por supuesto que eso es sin negadero, porque uno de tener relaciones durante diez años, y nacer los hijos en la misma casa de Guillermina y Arturo, no tener más hombres, se sabe que tienen que ser de él, tienen que ser de Arturo Pérez, y también tener que pagar a la persona que ayudaba cuando iban a nacer, hacer fiestas en los bautizos, alimentarlos y darles todo lo necesario...".

César Velásquez, también como los anteriores vecino de Piedra Hermosa y relacionado con los sujetos de este proceso, en su declaración jurada aseveró que Guillermina Rúa, después que quedó viuda de Vicente Antonio Palacio, "siguió viviendo allí con los hijos del primer esposo y posteriormente conoció a Arturo Pérez Valdés, y se puso a vivir con él aproximadamente diez años, vivían en forma pública y no ocultaban las relaciones, pues toda la vereda conocía de estas relaciones, pues él viajaba muy constante por allí y decía que tenía unos hijos con ella". Añade este testigo que "ellos llevaban un hogar como si fueran casados por la Iglesia... ellos no hacían ello a escondidas, lo hacían públicamente, pues todo el mundo lo sabía... Don Arturo era muy amigo mío, y me contó que tenía una niña donde las hermanas suyas".

Cuando se le preguntó a este deponente si sabía quién era el padre de los aquí demandantes, él contestó: "Sí puedo afirmar porque él me lo decía que tenía cuatro hijos con Guillermina Rúa y también porque convivían en la misma casa, Arturo Pérez los llevaba a bautizar, asistía a los nacimientos, los trataba como sus hijos, les daba la alimentación y velaba por ellos".

En el mismo sentido de los anteriores se expresó el declarante Carlos Enrique Isaza quien en su declaración jurada, fundando sus dichos en razones atendibles, dice que cuando murió Antonio Palacio, esposo de Guillermina, ésta "se puso a vivir con Arturo Pérez, y vivieron por ahí de ocho a doce años más o menos, pues vivían públicamente"; que durante ese tiempo concibieron y nacieron cuatro hijos, dos hombres y dos mujeres. Añade el deponente que Guillermina y Arturo son los padres de los aquí demandantes, "pues ellos vivían juntos bajo el mismo techo, él lo manifestó, les daba la subsistencia y lo necesario y los trataba como a sus hijos".

Además de los anteriores, los demandantes adujeron las declaraciones de Luis Alejandro Mesa Vanegas, Martín Emilio Montoya y Pablo Ignacio Velásquez quienes, dando atendibles razones de la ciencia de sus dichos, aseveran que Arturo Pérez Valdés y Guillermina Rúa, luego que ésta quedó viuda, sostuvieron relaciones sexuales en forma permanente y conocida por los vecinos, durante algo más de ocho años, en la misma finca de Piedra

Hermosa donde ella había vivido con su esposo; y que de tales relaciones amorosas nacieron cuatro hijos, que son los hoy demandantes.

3. Todas las anteriores afirmaciones testificales, hechas razonada y concordemente por sujetos hábiles para rendir testimonio, tan vinculados por habitación y actividades con los lugares donde sucedieron los hechos que deponen y en quienes no concurre ninguna circunstancia que afecte la credibilidad de sus asertos, las encuentra la Corte suficientes para formar su convencimiento de que Arturo Pérez Valdés y Guillermina Rúa sostuvieron, a partir de 1955 y por espacio no inferior a nueve años, relaciones sexuales estables y permanentes en la finca "Piedra Hermosa", de la jurisdicción municipal de Gómez Plata en el Departamento de Antioquia.

4. Oportunamente adicida al proceso por los demandantes, obra en él copia de la Escritura pública número 47 de 28 de enero de 1981, mediante la cual Arturo Pérez Valdés, algunos días antes de morir, otorgó su testamento y en esa memoria instituyó como sus herederos a sus hermanas legítimas Eva, Virginia y Ana de Jesús Pérez Valdés, las aquí demandadas, quienes han aceptado la herencia.

Se allegaron además las copias de las actas de defunción del testador y de nacimiento de los demandantes. Por tales documentos se demuestra que aquél murió el 11 de febrero de 1981; y que éstos nacieron, respectivamente, el 17 de diciembre de 1957, 6 de julio de 1959, 20 de marzo de 1960 y 18 de mayo de 1964, o sea, que de acuerdo con las fechas de nacimiento de los demandantes se deduce que su concepción ocurrió durante el tiempo en que estaban en vigor las relaciones sexuales entre Guillermina Rúa y Arturo Pérez Valdés.

La conclusión a que aquí llega la Corte no la debilitan los testimonios, que a instancia de los demandados, rindieron en este proceso Conrado Uribe y Miguel Angel Restrepo, pues de que Arturo Pérez Valdés hubiese muerto célibe y hubiera vivido siempre con su madre y hermanas, como lo afirmaron los testigos, no puede inequívocamente seguirse que no hubiera mantenido afectos con otra mujer, tanto más cuanto que aquí se ha demostrado lo contrario, con prueba que no ha sufrido tacha alguna.

5. Con fundamento en los medios de prueba analizados, la Corte encuentra suficientemente acreditadas las relaciones sexuales habidas entre Arturo Pérez Valdés y Guillermina Rúa Zapata, que se extendieron por un largo tiempo no inferior a ocho años y que durante ese tiempo y dentro de esas relaciones fueron concebidos los cuatro demandantes.

Por lo consiguiente, la declaración de paternidad pedida en la demanda es legalmente procedente, aún prescindiendo del estudio de la posesión notoria que al efecto también se invoca como causal en ese libelo, porque no siendo necesaria para dicha decisión la concurrencia de dos o más presunciones en el punto, cuando el juzgador encuentre plenamente demostrados los hechos básicos de una cualquiera de ellas debe declarar la filiación, quedando relevado de considerar las demás que se hayan alegado en la demanda. Y como esa es justamente la resolución que trae

la sentencia apelada, el fallo del *a quo* tiene que mantenerse, imponiendo a los apelantes las costas de la alzada.

VI. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia de doce (12) de diciembre de mil novecientos ochenta y tres (1983), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario seguido por Luz Mariela Rúa y otros en frente de los herederos de Arturo Pérez Valdés, y actuando como Tribunal de instancia,

Resuelve:

Primero. Confírmase la sentencia de veintisiete (27) de abril de mil novecientos ochenta y tres (1983), proferida en este mismo proceso por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Cisneros;

Segundo. Condénase a los demandados en las costas de la segunda instancia; y

Tercero. Sin costas en el recurso de casación.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

PROMESA DE CONTRATO

ACCIONES. Por tener carácter bilateral, el contratante cumplido tiene una acción alternativa de carácter principal para obtener la resolución o el cumplimeinto y otra de carácter consecuencial para obtener la indemnización de los perjuicios.

PERJUICIOS

PRUEBA. Para que haya lugar a condena por perjuicios se requiere que éstos estén demostrados dentro del proceso. El incidente previsto por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil no es oportunidad para demostrar su existencia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

Bogotá, D. E., 24 de julio de 1985.

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 21 de octubre del año de 1983, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro de este proceso ordinario promovido por Hernando Arnulfo Torres Peña contra Rubén Alfredo Durán Gómez.

Antecedentes

1. Mediante libelo que en repartimiento del 17 de junio de 1981 correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, el demandante solicitó que con citación y audiencia del demandado declarase resuelto el contrato de promesa de venta celebrado entre ellos el 10 de noviembre de 1980, en virtud del cual se obligó a venderle el inmueble que allí se determina; que como consecuencia de tal declaración, se con-

dene al demandado a pagarle la suma de $ 1.680.000.00 por concepto de arras penitenciales pactadas en dicho contrato, o en subsidio los perjuicios ocasionados en razón del incumplimiento, más la corrección monetaria y, finalmente, que se declare que "tiene derecho, en su oportunidad, a compensar de las sumas que estuviere obligado a restituir, la cantidad que el demandado debe pagar por concepto de perjuicios". También solicitó condenación en costas.

II. Como fundamentos de hecho de las anteriores pretensiones, el demandante expuso, en síntesis:

a) Que el 10 de noviembre de 1980 suscribió con el demandado un contrato en virtud del cual se obligó a venderle el derecho de dominio que tiene sobre "el lote número 18A de la Manzana 32 de la urbanización 'Veraguas Central', distinguido con el número 33-34 de la calle 4A de Bogotá, D. E., comprendido dentro de los siguientes linderos: "Por el Norte, en extensión de 10 metros, aproximadamente, con parte del lote número 19 de la misma Manzana; por el Sur, en extensión de 10 metros, aproximadamente, con la calle 4ª A de la nomenclatura urbana; por el Oriente, en extensión de 12 metros, aproximadamente, con el lote número 1 de la misma Manzana, y por el Occidente, en extensión de 12 metros, aproximadamente, con el lote número 18-B de la misma Manzana";

b) Como precio acordaron la suma de $ 2.800.000.00 que el demandado pagaría así:

1. $ 1.680.000.00 a título de arras imputables al precio, mediante cheque número 230439 girado contra el Banco Cafetero de 10 de noviembre de 1980.

2. $ 1.120.000.00 según cheque número 230440 del Banco Cafetero Oficina 7 de Agosto, para ser consignado el 30 de enero de 1981;

c) Según los términos de dicho contrato, la escritura de venta se otorgaría el 29 de noviembre de 1980, a las once de la mañana en la Notaría Segunda de Bogotá, fecha en la cual efectuaría la entrega material del inmueble;

d) Presentó al Banco girado el cheque por $ 1.680.000.00, pero le fue pagado únicamente por la cantidad de $ 62.888.50; y

e) El día y hora convenidos para el otorgamiento de la escritura, se presentó a la Notaría Segunda de Bogotá con todos los documentos exigidos para el caso, pero el prometiente comprador no concurrió, razón por la cual suscribió la Escritura número 8768 de esa fecha, copia de la cual presenta.

III. En su oportuna respuesta, el demandado aceptó haber celebrado el contrato, cuya resolución demanda el prometiente vendedor, pero dice: "en ningún momento se pactaron arras de ninguna especie", por lo cual tacha de falsa la cláusula del contrato que así lo consigna; agrega que telefónicamente, acordaron que si no le era posible obtener todo el dinero para cancelar la primera cuota, la fecha para el otorgamiento de la escritura se prorrogaría, y como el demandante no aceptó ese convenio el cheque no le fue cubierto en su totalidad; en razón de ese mismo convenio

verbal no concurrió a la Notaría el 29 de noviembre. Por todo, termina oponiéndose a las pretensiones del demandante.

IV. Agotada la etapa probatoria con poca actividad de partes, lo mismo que la de alegación sin que ninguna hiciese uso de ese derecho procesal, el Juzgado le puso término a la primera instancia con sentencia en la cual declaró resuelto el contrato, condenó al demandado a pagar el valor de los perjuicios causados por su incumplimiento y que sean tasados de conformidad con el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil; igualmente, condenó al demandante a reintegrar al demandado la suma de $ 62.858.50 recibidos como parte del precio, junto con sus intereses corrientes y autorizó la retención y compensación de esta suma con la de los perjuicios que resultasen a cargo del demandado. Además lo impuso al vencido las costas del proceso. El demandado recurrió en apelación lo resuelto por el *a quo* y a ella adhirió el demandante. El Tribunal, luego de rechazar la tacha de falsedad propuesta por el demandado, reformó la decisión en el sentido de mantener la declaratoria de resolución del contrato y la condena al demandante a la devolución de los $ 62.858.50 con sus intereses corrientes, pero denegó la súplica relativa a las arras, revocó "la condenación al pago de perjuicios por petición antes de tiempo" e impuso al demandado el 70% de las costas de la primera instancia.

V. Oportunamente la parte demandante interpuso el recurso de casación, el cual por habérsele concedido y hallarse tramitado es del caso resolver.

El fallo impugnado

1. El Tribunal empieza por relacionar los antecedentes del litigio y la forma como se trabó la relación jurídico procesal, después de lo cual sostiene que como están presentes los presupuestos procesales la sentencia será de fondo.

2. Concretando luego su estudio a las condiciones de éxito de las pretensiones del demandante dice el Tribunal que, de una parte, con el escrito aportado por el actor con la demanda, al estar no sólo reconocido sino por reunir las exigencias del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, quedó suficientemente acreditada la celebración del contrato de promesa entre las partes y cuya resolución se pretende a través de este proceso. De otra parte, expresa a renglón seguido, el demandante demostró que el demandado incumplió sus obligaciones contractuales.

En efecto, ampliando este supuesto de éxito de la pretensión principal, sostiene el sentenciador que el demandado incumplió con el pago de la primera cuota de $ 1.680.000.00, la cual debió cubrir el 10 de noviembre, fecha de la celebración del contrato, por cuanto "el cheque número 2330439 sólo fue pagado por la suma de $ 62.888.50"; tampoco fue cancelada la segunda cuota de $ 1.120.000.00 respaldada por el cheque número 230440 que debía ser cobrado el 30 de enero de 1980 y no lo fue por cuenta cancelada. Tal incumplimiento agrega, "está reforzado probatoriamente por la aceptación de la parte demandada al contestar la demanda, concretamente frente al hecho segundo". Respecto del incumplimiento del de-

mandado en concurrir a la Notaría Segunda el 29 de noviembre de 1980 a formalizar la venta, dice el Tribunal que también está demostrado con las respuestas que al hecho tercero dio el demandado cuando expresó que era cierto "...pero aclarando el hecho de haberse convenido telefónicamente que si no era posible la 'consecución del dinero para el pago de la primera cuota, se aplazaría la fecha para llevar a cabo las escrituras', adición verbal que es inadmisible, por no constar por escrito, pero que sí denota el reconocimiento del documento y reitera a la vez la versión sobre el incumplimiento en presentarse a recibir la escritura en la fecha pactada en la promesa, lo cual por lo demás está acreditado por la escritura de comparecencia del prometiente vendedor, y trata de ampararse en un acuerdo verbal realizado telefónicamente, en cuanto al cobro de los cheques, y a la variación de la fecha del otorgamiento de la escritura, lo cual no se puede admitir debido a la solemnidad de la promesa de compraventa, que debe constar por escrito, no sólo por razones *ad probationem*, sino también *ad solemnitatem*". Como, además, agrega el Tribunal, la tacha de falsedad que el demandado formuló a la cláusula del contrato que habla de arras no fue probada, se impone el acogimiento de la súplica principal atinente a la resolución del contrato.

3. Concluido en tales términos que procede la pretensión deducida como principal y que, por tanto, las cosas han de volver al estado anterior, como si el contrato no se hubiera realizado, sostiene el Tribunal, refiriéndose a la pretensión consecuencial de indemnización de perjuicios, que ella resulta "inadmisible, por cuanto a la luz del artículo 1615 del Código Civil, no se constituyó en mora al deudor y prometiente comprador". Y, respecto de la declaración pedida por el demandante con fundamento en la cláusula tercera del contrato de promesa, en el sentido de que la cuota de $ 1.680.000.00 correspondiente a la parte del precio lo fue a título de arras penitenciales, dice el Tribunal que al haberse estipulado que esa suma de $ 1.680.000.00 se entregaba "a título de arras imputables al precio", equivale simplemente a decir que "se dieron 'arras como parte del precio, o como señal de quedar convenidos los contratantes', y no como retracto, de suerte que no cabe la condenación pedida sobre el punto en la demanda".

Finalmente, agrega, "sobre el valor nominal de $ 62.888.50 recibidos por el prometiente vendedor y demandante, deberán imputarse intereses corrientes desde que recibió la suma indicada hasta el día del pago".

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Un solo cargo, con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal. Denuncia violación directa de los artículos 1546 inciso 2º y 1615 del Código Civil, el primero por falta de aplicación y el segundo por aplicación indebida.

Al exponer los fundamentos de la acusación sostiene el casacionista que en la demanda se solicitó la declaratoria de resolución del contrato de promesa de venta y la condena del demandado a pagar perjuicios por

el incumplimiento y ello con fundamento en lo dispuesto en la disposición primeramente citada. El Tribunal encontró demostrado el incumplimiento y consecuencialmente decretó la resolución pero no condenó al pago de perjuicios arguyendo improcedencia "por cuanto a la luz del artículo 1615 del Código Civil, no se *constituyó en mora*, al deudor y prometiente comprador".

"Olvidó el Tribunal, sostiene el recurrente, que la condena en perjuicios es una consecuencia del incumplimiento. De manera que violó directamente el artículo 1546 inciso 2º del Código Civil, al no aplicarlo siendo de aplicación imperativa cuando se declara la resolución del contrato. Y violó directamente el artículo 1615 del Código Civil al aplicarlo indebidamente porque al no cumplir el contrato el deudor incurrió en mora, o sea que el incumplimiento da lugar a la resolución de la convención y tal incumplimiento conlleva mora".

Si el Tribunal hubiese aplicado en su integridad lo dispuesto por el artículo 1546 no sólo habría decretado la resolución como lo hizo, sino que también habría impuesto al demandado la condena al pago de perjuicios. Por ello el impugnante termina solicitando se case la sentencia y en instancia se revoque la negativa del Tribunal y en su lugar se condene a la parte demandada a pagar los perjuicios.

Se considera

1. *Por tener el contrato de promesa carácter bilateral, lleva implícita la condición resolutoria tácita y por lo mismo el incumplimiento de una de las partes de las obligaciones que le incumben, coloca a la otra en la posición de poder solicitar la resolución del contrato o su cumplimiento, con indemnización de perjuicios en términos del artículo 1546 del Código Civil.*

2. *Consagra la disposición que se acaba de citar, en favor del contratante cumplido, una acción alternativa de carácter principal que le faculta para demandar: bien la resolución del contrato o su cumplimiento; y, además, otra, considerada de carácter consecuencial, que le permite obtener la indemnización de los perjuicios resultante de tal incumplimiento.*

En este orden de ideas, ha precisado la jurisprudencia de la Corte que "De acuerdo con la ley ha establecido la doctrina que esta acción de reparación tiene la calidad de accesoria o consecuencial de cualquiera de las dos principales que concede la ley alternativamente, para resolver el contrato o hacerlo cumplir, y que por lo tanto no procede su ejercicio aislado. Se ha entendido que a una demanda meramente indemnizatoria, fundada en incumplimiento de un contrato no extinguido, le falta el antecedente jurídico esencial de una de las dos acciones principales para que pueda realizarse uno de los fines ineludibles del sistema de la condición resolutoria tácita, esto es, desligar a las partes de sus obligaciones destruyendo el contrato o agotándolo, con el cumplimiento cabal de las prestaciones en él originadas" (G. J., LXIV, 456; LXXV, 553).

3. Así las cosas, si como ocurrió en el caso que se examina, a su pretensión declarativa de resolución del contrato de promesa, basada en el incumplimiento del demandado, el actor acumuló la tendiente a que se

lo condenara también al pago de los perjuicios derivados de tal incumplimiento, al haber encontrado el Tribunal establecidos los supuestos de la resolución y procedido a decretarla, ha debido, lógicamente, haber hecho actuar también el inciso 2º del referido artículo 1546 del Código, en vez de considerar la posibilidad de aplicar lo dispuesto por el artículo 1615 del mismo ordenamiento, que ciertamente no es la norma que regula el caso.

En esas condiciones pareciera que asiste razón al recurrente en casación, al sostener que habiendo declarado el Tribunal la resolución por incumplimiento del demandado ha debido condenarlo consecuencialmente, al pago de los perjuicios como en forma perentoria lo ordena el artículo 1546 y que, como no procedió así, se impone el acogimiento del planteamiento del recurrente. Sin embargo, el cargo a la postre resultaría intrascendente en orden al quiebre de la sentencia, pues como se sabe, *el incumplimiento y consiguiente resolución por sí solos no determinan la condena al pago de perjuicios; ésta será viable en la medida en que aparezca demostrado que ellos se causaron. "Es de lógica elemental, ha dicho la Corte refiriéndose precisamente a la prosperidad de la acción indemnizatoria consagrada en el artículo 1546, para que haya lugar a indemnización se requiere que haya perjuicios, los que deben demostrarse porque la culpa, por censurable que sea, no los produce de suyo. Vale esto como decir que quien demanda que se le indemnice debe probar que los ha sufrido. Mas todavía: bien puede haber culpa y haberse demostrado perjuicios y, sin embargo, no prosperar la acción indemnizatoria porque no se haya acreditado que esos sean efecto de aquélla; en otros términos, es preciso establecer el vínculo de causalidad entre una y otros"* (G. J., t. X, 61).

Si para corroborar lo dicho arriba, se vuelve sobre el acervo probatorio, se verá cómo el demandante no demostró que hubiese sufrido perjuicios a causa del incumplimiento que determinó la resolución, incumpliendo así la carga que le incumbía si realmente aspiraba a una efectiva condena a tal título, sin que valga argüir que en incidente posterior pueda satisfacerla, pues es bien sabido y así lo pregona el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, esa no es oportunidad para demostrar su existencia.

Viene de lo expuesto, que el cargo no está llamado a prosperar.

Decisión

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 21 de octubre de 1983, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

NULIDAD PROCESAL

Legitimación para alegarla. Saneamiento. No todas las nulidades son saneables.

PRUEBA

Testimonio. Requisitos de forma. Práctica y contradicción. Prueba pedida oportunamente y practicada en forma extemporánea.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

Bogotá, D. E., 24 de julio de 1985.

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 13 de diciembre de 1983, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en este proceso ordinario de filiación natural y petición de herencia, promovido por Nicolás Alfonso Gianneo Polo contra los herederos indeterminados de Vicente Gianneo Sinisgali.

Antecedentes

I. Mediante libelo que en repartimiento del 30 de abril de 1981 correspondió al Juzgado Quinto Civil del Circuito de Barranquilla, el demandante solicitó que con citación y audiencia de los herederos indeterminados de Vicente Gianneo Sinisgali, se hicieran los siguientes pronunciamientos:

a) Que Vicente Gianneo Sinisgali es su padre natural;

b) Que como consecuencia de tal declaración, se reconozca su calidad de heredero con derecho a participar en la sucesión de su padre, con exclusión de cualquier otro heredero, pues aquél no dejó descendencia;

c) Que en el evento de que al proferirse la correspondiente sentencia ya se hubiere llevado a cabo la partición, se disponga se rehaga para

que se le adjudiquen y entreguen los bienes y así se le cancele su cuota hereditaria, con la prelación y proporción que le corresponda; y

d) Que se ordene al Notario Público del Círculo de Barranquilla efectúe la inscripción del caso en el registro civil.

II. Como constitutivos de la *causa petendi* el demandante expuso los hechos que sustancialmente se compendian así:

a) El 18 de febrero de 1935, como resultado de las relaciones sexuales sostenidas entre Vicente Gianneo Sinisgali y Estílica Polo, nació en Barranquilla Nicolás Alfonso;

b) Fuera de las relaciones sostenidas entre ellos en términos del artículo 92 del Código Civil, el trato personal y social dado por Vicente Gianneo a la madre durante el embarazo y parto permiten deducir con certeza la paternidad natural respecto del demandante Nicolás Alfonso Gianneo Polo;

c) Desde el nacimiento de Nicolás Alfonso hasta la muerte de Vicente Gianneo, ocurrida en Barranquilla el 26 de septiembre de 1980, éste dio al primero el trato de hijo natural, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, en forma tal que sus amigos y deudos y el vecindario en general lo reputaron como su hijo natural;

d) Al fallecimiento de Vicente Gianneo Sinisgali no tenía descendencia legítima y sus bienes han de pasar a sus herederos, a cuyo reclamo se orienta esta demanda de filiación acumulada a la de petición de herencia.

III. Como el demandante manifestase desconocer quiénes tuviesen la calidad de herederos del supuesto padre natural y pidiese el emplazamiento en términos del artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, así procedió el Juzgado y les designó curador *ad litem* quien, al asumir la representación de los herederos indeterminados, formuló resistencia a las pretensiones del actor.

IV. Estando trabada la relación procesal y en estado de instrucción el proceso, se presentó María Gianneo in Russo, súbdita italiana, vecina de Firense (I), reconocida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla como heredera de Vicente Gianneo, en su carácter de hermana legítima, y solicitó con fundamento en lo dispuesto por el artículo 170-1 del Código de Procedimiento Civil, la suspensión del proceso, pues que el Juzgado Quinto Superior de esa ciudad adelantaba una investigación penal por el presunto delito de falsedad documental en relación con una prueba presentada con la demanda y en la cual aparecía como sindicado el demandante. A esa petición agregó los documentos que consideró conducentes.

Negada la suspensión solicitada y agotadas las demás etapas procesales correspondientes a la primera instancia, el Juez *a quo* le puso término por sentencia en la cual, al tiempo que declaró la paternidad natural demandada, le reconoció su derecho de suceder en los bienes a su padre natural fallecido y ordenó la inscripción correspondiente. Inconformes con esta decisión la recurrieron en apelación el curador y la interviniente María Gianneo in Russo, pero fue confirmada en todas sus partes por el Tribunal de Barranquilla.

El fallo impugnado

1. Después de relatar los antecedentes del litigio, puntualiza el Tribunal que en el caso sometido a su estudio se trata de una pretensión declarativa de paternidad natural a la cual se acumuló la de petición de herencia, promovida frente a legítimos contradictores y que, por haberse intentado dentro de los términos previstos por el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, su pronunciamiento habrá de producir efectos patrimoniales. Precisa, además, la pretensión principal del demandante la apoya en las causales 4ª, 5ª y 6ª del artículo 6º de la Ley 75 de 1968.

2. A continuación, luego de reproducir varias jurisprudencias de la Corte en torno a la interpretación y aplicación de las causales 4ª, 5ª y 6ª del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, emprende el análisis de la prueba que el demandante adujo para demostrar los supuestos de hecho de sus pretensiones. En esa tarea se refiere a las declaraciones de Oscar Heilbron Schemell, Rodrigo Carreño Reyes, Carolina García, Miguel Angel Tuesta Contreras, María Dibella Nasser, Raúl Flórez, Cecilia Margarita Schemell de Heilbron, Pabla Catalina Páez Tapia y Tulia Flórez, de las cuales reproduce los apartes más significativos.

Del análisis de tales testimonios, los cuales según lo expresa el Tribunal "son responsivos, exactos y completos, con adecuada razón de la ciencia del dicho", concluye que sin la menor vacilación resultan establecidas las causales consagradas en los numerales 4º, 5º y 6º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968 que permiten presumir la paternidad natural, y que fueron precisamente las que sirvieron al demandante para estructurar sus pretensiones.

"En efecto, dice el sentenciador *ad quem*, se encuentra acreditada la relación amorosa de Vicente Gianneo Sinisgali y Estilita Polo por los años de 1934 y 1935, ya que las declaraciones a que se ha hecho referencia acerca de ese específico hecho coinciden en lo esencial y se complementan unas a otras; así mismo, que el nacimiento del demandante ocurrido el 18 de febrero de 1935 fue el fruto de las relaciones habidas entre Vicente Gianneo y Estilita Polo; que entre los mismos hubo especialísimo trato personal y social indicador de la existencia de relaciones sexuales que permiten inferir éstas con certeza absoluta, lo cual lleva a presumir la paternidad natural que se predica del finado Vicente Gianneo Sinisgali respecto del demandante señor Nicolás Alfonso Gianneo Polo". Y agrega seguidamente: "Igual cosa puede decirse de la posesión notoria del estado de hijo que consiste en una situación que se presenta en la vida social y que se traduce en determinada conducta asumida por el padre, nacida del afecto y de la responsabilidad, de la cual se deduce entre sus allegados y el medio que los rodea o haya rodeado, que aquél tiene dicha calidad. Resume lo que tradicionalmente se entendería como el nombre, el trato, la fama. Para que esos tres elementos puedan dar lugar a la declaratoria de hijo natural, se requiere, según modificación introducida por la Ley 75 de 1968, que haya durado por lo menos cinco (5) años continuos (Art. 9º de la citada Ley)".

3. A renglón seguido, a manera de recopilación de todo lo dicho hasta entonces en las motivaciones de su fallo y para concluir que están demos-

trados los supuestos de éxito de las pretensiones del demandante, agrega el Tribunal: "Habida consideración de la situación procesal que reflejan los autos, de los planteamientos hechos, de las normas transcritas y del material probatorio que obra en el proceso se llega a la forzosa conclusión de que se halla legalmente demostrado que la señora Estílica Polo es la madre del demandante Nicolás Alfonso Gianneo Polo y que es la misma mujer con quien el finado señor Vicente Gianneo Polo Sinisgali prodigó especial trato personal y social a la madre del demandante Estílica Polo durante el embarazo y parto y, a su hijo Nicolás Alfonso el tratamiento de padre a hijo por un lapso mayor del establecido por la ley para presumir la paternidad natural".

4. Más adelante pasa el fallador de segundo grado a referirse a los planteamientos hechos por la parte demandada para fundar en ello su oposición a las pretensiones del actor. Con relación a la crítica que la interviniente María Gianneo in Russo hace de la prueba testimonial en el sentido de que no existe una total coincidencia entre los declarantes, apoyado en jurisprudencia de la Corte, cuyos apartes transcribe, sostiene el *ad quem* que precisamente las diferencias de detalle que acusan los testimonios antes de demeritarlos los robustecen porque una absoluta coincidencia de los mismos resultaría sospechosa.

5. Luego, también refiriéndose a la argumentación de la parte demandada respecto del hecho que a los testigos no se les ordenó un relato espontáneo de los hechos sobre los cuales iban a declarar como lo manda el artículo 228 del Código de Procedimiento Civil, considera el Tribunal que siendo verdad tal circunstancia no los demerita por cuanto "es lo cierto que la totalidad de los testimonios son como antes se anotó responsivos, exactos y completos. En efecto, ellos son responsivos porque en cada contestación se hace el relato dando la razón de la ciencia de lo dicho, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos y de la forma como llegó al conocimiento de los declarantes; exactos por cuanto las respuestas dadas no dejan lugar a incertidumbre y completos por cuanto las declaraciones no omiten las circunstancias de hecho que pueden ser incluyentes o relevantes en la cuestión litigada". En respaldo de este aserto cita y transcribe lo dicho por la Corte sobre el particular en sus sentencias de 16 de agosto de 1973 y 29 de julio de 1980.

6. Finalmente, en lo que hace a la circunstancia de que en diversos documentos que obran en el proceso el demandante aparece como Nicolás Alfonso Yarnés y demanda con el apellido de Gianneo, sostiene el sentenciador de segundo grado que "a pesar de ello existe plena certeza de que quien aparece como Nicolás Alfonso Yarnés Polo y quien figura como Nicolás Alfonso Gianneo Polo es la misma persona". Ello se colige sin mayor esfuerzo del documento de identificación por excelencia, que es la cédula de ciudadanía. En efecto, según la constancia secretarial del Juzgado Cuarto Civil del Circuito que figura en el poder que obra en autos (folio 11 del cuaderno principal), el señor Nicolás Alfonso Gianneo Polo se identificó con su cédula de ciudadanía bajo el número 3701339, expedida en Barranquilla; y, de conformidad con la certificación expedida por el Registrador Municipal del Estado Civil, visible a folio 68 del cuaderno

principal, el señor Nicolás Alfonso *Yarnés* Polo aparece cedulado en Barranquilla, bajo el número 3701339; en consecuencia no hay duda de que se trata de la misma persona".

EL RECURSO DE CASACIÓN

Dos cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, el primero dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y el segundo con fundamento en la causal quinta del mismo artículo. Por cuestión de técnica se estudiará primero el formulado con base en supuestos errores *in procedendo*.

Cargo segundo. Se acusa la sentencia objeto del recurso extraordinario de haberse dictado en un proceso viciado de nulidad por cuanto se hallan configuradas las causales 8 y 9 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, o sea no haberse practicado debidamente la notificación de la parte demandada o su emplazamiento y no haberse practicado en legal forma la notificación o emplazamiento de las demás personas que deban ser citadas como parte, aunque sean indeterminadas.

Al exponer los fundamentos de esta acusación, sostiene el casacionista que en el caso de autos se ordenó el emplazamiento de los herederos indeterminados de Vicente Gianneo Sinisgali por el procedimiento indicado por el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil *sin que el demandante hubiese hecho la afirmación bajo la gravedad del juramento* de que desconocía los nombres de tales personas indeterminadas, con violación del mismo artículo 318 del Código de Procedimiento Civil que impone *juramento previo* y sin que por otra parte haya aportado prueba alguna de que el proceso de sucesión de Vicente Gianneo Sinisgali no se había iniciado con violación en lo pertinente de los artículos 78, 79 y 81 del Código de Procedimiento Civil, lo que hace que el emplazamiento a los herederos indeterminados de Vicente Gianneo Sinisgali *no se practicó en legal forma* haciendo *nulo el proceso*". Termina solicitando que, una vez casada la sentencia, se devuelva el proceso para que se rehaga.

SE CONSIDERA

1. *El proceso, como lo enseña la doctrina de los procesalistas, no es más que una serie o sucesión de actos que tienden a la actuación de una pretensión, en el cual cada uno de tales actos está sometido a una serie de formalidades. Esas formalidades, que hacen referencia al modo, tiempo, lugar y al orden en que se han de realizar los actos, no son meros caprichos o medios para dilatar las soluciones de los litigios; al contrario, la forma constituye una precisa garantía de los derechos individuales. Couture considera que una de las garantías constitucionales más importantes es la del* debido proceso *con sus secuelas de garantía de defensa, de petición, de prueba y de igualdad ante los actos procesales, nada de lo cual se lograría sin la previa regulación de las formalidades de los actos, que son la única forma de hacer efectivas esas garantías* ("Estudios de Derecho Procesal", Buenos Aires 1948, t. I, Págs. 18-24).

2. *La inobservancia o la desviación de las formas legalmente establecidas para regular la constitución y el debido desenvolvimiento de la relación procesal, constituyen verdaderas anormalidades que impiden en el proceso el recto cumplimiento de la función jurisdiccional. Ese incumplimiento o desviación de las formalidades legales lo sanciona la ley procesal, generalmente, con la nulidad del acto.*

En armonía con lo dicho, el actual Código de Procedimiento Civil destina todo el Capítulo V del Título XI de su Libro 2º a reglamentar la materia de las nulidades procesales. Lo integran las normas que señalan las causas de nulidad en todos los procesos y en algunos especiales, así como las que determinan las oportunidades para alegarlas, la forma de declararse y sus consecuencias, lo mismo que los eventos de saneamiento.

3. *El Código, siguiendo la orientación trazada por sus redactores en el sentido de restringir en lo posible los motivos de nulidad, en sus artículos 154, 155 y 156 no sólo consignó reglas acerca de la oportunidad y legitimación para alegarlos sino que estableció, además, todo un sistema de saneamiento tácito; de tal suerte, que las nulidades procesales no se pueden alegar por cualquier persona ni en el momento que lo provoque.*

Por lo que toca a la legitimación para alegar un motivo de nulidad, si se tiene en cuenta el principio de la trascendencia, se puede sentar como regla general la de que está legitimado para alegar una nulidad procesal quien a causa del vicio haya sufrido lesión o menoscabo de sus derechos. Con todo, carecen de legitimación:

a) Quienes hayan dado lugar al hecho que la origina (Art. 115, Inc. 1º);

b) Quienes tuvieron la oportunidad de proponerla como excepción previa (Art. 100);

c) La nulidad por indebida representación o emplazamiento en legal forma, sólo puede alegarla la persona afectada (Art. 115, Núm. 3º);

d) Las nulidades a que se refieren los numerales 5, 6, 7, 8 y 9 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil no pueden invocarlas quienes hayan actuado en el proceso sin alegarlas (Art. 155).

En lo que concierne al saneamiento, el artículo 156 establece que se considera saneada la nulidad, cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente, es decir, tan pronto como pudo actuar en el proceso y tener conocimiento de ella, de tal modo que si posteriormente la alega, el Juez debe rechazarla de plano. Y, cuando se trata de la falta de citación o emplazamiento en legal forma, o de inadecuada representación, si esa persona concurre al proceso y actúa sin alegar simultáneamente la nulidad, dice el numeral 3 del mismo artículo, se entiende que la sanea. Lo anterior no es más que la aplicación de los principios de la convalidación y la lealtad procesal, pues, según el primero, dado el carácter dispositivo del proceso civil, a las partes les es permitido la ratificación expresa o tácita de las actuaciones irregulares cuando sólo las afecte a ellas; y, en virtud del segundo, se busca impedir la maniobra desleal de alegarla solamente si el proceso en su marcha se presenta desfavorable a esa parte.

Desde luego, no todas las nulidades que puedan presentarse en el proceso son saneables; el inciso final del artículo 156 contempla como no saneable únicamente la que proviene de falta de jurisdicción, pero indudablemente tampoco lo son, como tiene dicho la Corte, la preterminión íntegra de la instancia, la de trámite inadecuado, el revivir procesos legalmente terminados y la que se origine en el hecho de que el Juez proceda contra providencia legalmente ejecutoriada pronunciada por el superior (Cas. Octubre 30 de 1978).

4. En el caso de este litigio, al tiempo que expresó que desconocía quienes fueron los herederos de Vicente Gianneo Sinisgali, el demandante solicitó al Juzgado que los emplazara y les designara un curador *ad litem* para que los representara, a todo lo cual accedió el Juzgado con sujeción a lo dispuesto por el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil. Ahora, solamente ahora al sustentar el recurso de casación, quien intervino desde la primera instancia en su calidad de heredera de Gianneo Sinisgali, sostiene que el proceso adolece de nulidad por cuanto el emplazamiento de los herederos indeterminados no se practicó en legal forma; y no lo fue, precisa, por cuanto el demandante ni hizo bajo juramento la manifestación de que desconocía los nombres de los herederos indeterminados, ni tampoco presentó la prueba de que la sucesión no se había iniciado.

Un examen de la actuación cumplida en la primera instancia permite poner de presente que una vez el curador *ad litem* de los herederos indeterminados de Vicente Gianneo Sinisgali tomó posesión, se le autorizó para ejercer el cargo, le fue notificado el auto admisorio de la demanda y oportunamente le dio respuesta, oponiéndose a las pretensiones del actor. Posteriormente, estando el proceso en el período probatorio se presentó María Gianneo in Russo, invocando su calidad de heredera de su hermano Vicente; en tal calidad constituyó apoderados a quienes se reconoció personería para representarla y desde entonces, han intervenido activamente.

Ocurre, sin embargo, que como ni al momento de intervenir por primera vez, ni al formular las distintas solicitudes y recursos, ni siquiera en los alegatos de conclusión, invocó la nulidad que ahora reclama, en el supuesto de que el vicio se hubiese llegado a configurar, él estaría saneado en términos de lo dispuesto por el numeral 3º del artículo 156 del Código de Procedimiento Civil, tal como se precisó en los apartes anteriores.

Todo indica, entonces, que al no existir la nulidad alegada por el casacionista en el cargo, éste no podrá salir avante.

Cargo primero. Denuncia el recurrente violación indirecta, por aplicación indebida, de los numerales 4º, 5º y 6º del artículo 6º y 30 de la Ley 75 de 1968 y artículo 92 del Código Civil, a causa de los errores de hecho y derecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación y valoración de los medios de prueba que separadamente determina, así:

a) *Error de derecho* al reconocer mérito probatorio a las declaraciones de Raúl Flórez Durán, Margoth Schemell Vda. de Heilbron, Pablo Catalina Páez, Ana Tulia Pérez de Benítez y Carolina García, pues se apreciaron con violación de los artículos 174 y 228 del Código de Procedi-

miento Civil, ya que no fueron regular y oportunamente aportadas al proceso, pues todas ellas, con excepción de la última, se recibieron después de vencido el período probatorio y no existe providencia del Juez que las haya decretado de oficio y concedido término adicional de pruebas conforme al artículo 180; y, además, por cuanto la declaración de Carolina García no se pidió ni decretó de oficio y, por cuanto todos esos testimonios fueron recibidos con violación de los numerales 1 y 2 del artículo 228 del Código que impone al Juez ordenar a los testigos que hagan un relato de los hechos objeto de la declaración y de la razón de la ciencia de su dicho;

b) *Error de hecho* al dejar de apreciar la fotocopia del informe de la Registraduría Municipal del Estado Civil de Barranquilla, en donde hace constar "que el portador para el día 29 de julio de 1981 de la cédula de ciudadanía número 3701339 de Barranquilla, lo era el señor Nicolás Alfonso Yarnés Polo, lo que imponía que el Tribunal sentenciador antes de fallar ha debido ordenar investigación penal por el delito de *falsedad*" y la demanda fue presentada por quien dijo llamarse Nicolás Alfonso Gianneo que se identificó con ese mismo número de cédula. E igualmente, *error de hecho* al haber dejado de apreciar los otros documentos que obran a folios 69 a 76 del cuaderno número 1, a saber: las dobles partidas de nacimiento de origen eclesiástico, las dobles partidas de matrimonio también de origen eclesiástico y la fotocopia de la declaración de renta y patrimonio de Vicente Gianneo Sinisgali correspondiente al año de 1979.

c) *Error de hecho* al hacer decir a los testigos Oscar Heilbron y Rodrigo Carreño Reyes que entre la madre y el presunto padre natural del demandante existieron relaciones por la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción (año de 1934), o que la madre recibió trato personal y social especial de Vicente Gianneo por los años de 1934 y 1935, cuando el primero dice que conoció al demandante en 1950 y el segundo en 1954; y por cuanto ambos testigos se refieren a Nicolás Alfonso Gianneo Polo, cuando según el informe del Registrador del Estado Civil, han debido referirse a Nicolás Alfonso Yarnés Polo.

d) *Error de hecho* al apreciar las declaraciones de Miguel Angel Tuesta Contreras y María Dibella Nasser por cuanto, en la época a que los declarantes hacen referencia, no podían ni estaban en condiciones de conocer a Nicolás Alfonso Gianneo Polo, ya que en tal época "sólo existía la persona conocida en todos los ámbitos sociales, estudiantiles, profesionales y civiles Nicolás Yarnés Polo, hijo de Estílica Polo, cedulado bajo el número 3701339 de Barranquilla, por lo que en tales condiciones tales declaraciones no pueden demostrar posesión notoria de hijo natural".

e) Finalmente, *error de derecho* al no apreciar como indicio en contra del actor la renuencia hecha por su apoderado con relación a los exámenes sobre las características heredo-biológicas paralelas entre él y su presunto padre Vicente Gianneo Sinisgali, con violación del artículo 7º de la Ley 75 de 1968.

Si el Tribunal sentenciador, dice por último el recurrente, no hubiese incurrido en los referidos errores de hecho y de derecho "no habría reconocido al demandante como hijo de Vicente Gianneo Sinisgali ni él hubiera reconocido vocación hereditaria dentro de la sucesión respectiva" y por

cude no habría aplicado indebidamente las normas señaladas como quebrantadas.

SE CONSIDERA

1. El Tribunal apoyó la declaración de filiación natural pedida por el demandante en las presunciones 4ª, 5ª y 6ª que consagra el artículo 6º de la Ley 75 de 1968, por haber encontrado demostrados los hechos que las configuran, tal como lo expresó en varios apartes de su fallo, según resulta de la reseña que de él se hizo.

2. Los elementos de prueba que llevaron la convicción al sentenciador de segunda instancia están constituidos fundamentalmente por las declaraciones de los médicos Oscar Heilbron Schemell y Rodrigo Carreño, quienes se refieren especialmente a la posesión notoria, lo mismo que Cecilia Margarita Schemell de Heilbron y María Dibella Nasser, Carolina García Tapias y su hija Pabla Catalina Páez Tapias, Miguel Angel Tuesta Contreras, Raúl Flórez Durán y Ana Tulia Flórez, quienes dan cuenta de hechos constitutivos de las otras dos causales acogidas por el Tribunal.

Oscar Heilbron Schemell dijo que había conocido a Nicolás Alfonso en el año de 1950, cuando su madre Estílica Polo, al trasladarse como ama de llaves a casa de su abuela Adela Tavera de Heilbron, lo llevó consigo; que vivió con ellos como siete años, razón por la cual se hizo muy amigo de él hasta cuando se trasladó a estudiar a Medellín, luego de terminar su bachillerato en el Colegio Americano; por tal circunstancia conoció a Vicente Gianneo que tenía un puesto en el mercado público y allí acompañaba a Nicolás Alfonso, y observando cómo su padre le entregaba el dinero para el pago de "la pensión del colegio y para gastos de sostenimiento. Por ese motivo, dice, comprobé que don Vicente trataba a Nicolás Alfonso como hijo de él, pues el trato era de padre a hijo".

Rodrigo Carreño Rojas, médico graduado en Roma, en donde contrajo matrimonio con una italiana, dice que por tal circunstancia se hizo muy amigo de su paciente Vicente Gianneo al llegar a Barranquilla treinta años antes; en su casa se hacían las reuniones de la colonia italiana, a las que concurría, que en sus conversaciones le manifestó que a su hijo Nicolás lo tenía estudiando en Medellín, en donde el testigo tenía estudiando también una hija en la Universidad Pontificia Bolivariana. Agrega que los miembros de la colonia reputaban a Nicolás Alfonso como hijo de Vicente; "...todas esas gentes que forman la colonia, tales como el doctor Marino, los Cozarelli, los Volpe, los Gerosa, estaban enterados de todo este cuadro de consanguinidad de padre a hijo... especialmente por la educación".

Carolina García o Tapias, sostiene que conoció a Estílica Polo mucho antes de 1934 y a Vicente Gianneo desde principios de 1933 y a Nicolás "desde su nacimiento, pues él nació en una pieza que le arrendé a don Vicente Gianneo Sinisgali, quien llevó a vivir a ella, a la señora Estílica Polo, ya en estado avanzado de embarazo, y a los pocos meses nació Nicolás Alfonso... A fines de 1933 como he dicho, el señor Vicente Gianneo Sinisgali vivía en la pensión a que me he referido y para esa

época a fines de 1933 en adelante vivía también allí Estílica Polo González, a quien ya conocía desde antes y trabajaba allí como ama de llaves de la pensión 'Madama' y entre ellos dos se trataban como marido y mujer de manera pública y notoria. A fines de 1934 estando Estílica Polo en estado de embarazo notorio, don Vicente la llevó a vivir a una pieza de mi casa que yo le arrendé a él para que viviera allí Estílica Polo y naciera el hijo que esperaban. Por tal motivo me consta que el trato que le daba don Vicente Gianneo a Estílica Polo era el correspondiente a la mujer que le iba a dar un hijo a él. Don Vicente Gianneo atendió de un todo a Estílica Polo durante el embarazo y parto, suministrándole todo lo necesario e inclusive el pago del arriendo de la pieza que me pagaba a mí... después del nacimiento siguió atendiendo económicamente a Estílica Polo en todos los gastos necesarios para la crianza del niño, y esto me consta directa y personalmente porque yo vivía en esa misma casa y me daba cuenta de los detalles de ese sostenimiento... Estos hechos los observó hasta más o menos el año de 1949, aclarando que Estílica Polo y Nicolás Alfonso Gianneo vivieron conmigo en esa casa y posteriormente en dos casas distintas más hasta cuando Estílica Polo se fue a trabajar en casa de la señora Adela Tavers de Heilbron, como ama de llaves, llevándose a vivir con ella a su hijo Nicolás Alfonso Gianneo Polo...".

Miguel Angel Tuesta Contreras manifiesta que conoció estando muy joven y era mandadero de la señora de la pensión en donde vivía Vicente Gianneo; en esa misma pensión vivía Estílica Polo; por tal circunstancia, dice, "pude apreciar que el señor Vicente Gianneo y la señora Estílica Polo se trataban entre sí como marido y mujer, es decir, de manera notoria él la trataba a ella en la forma como un hombre trata a su mujer. Antes de terminar el año de 1934, ya la señora Estílica Polo G., presentaba notorio estado de embarazo y entonces el señor Vicente Gianneo la pasó a vivir a una casa cercana a la pensión, en casa de la señora Carolina García, tomando una pieza en arriendo y viviendo allí la señora Estílica Polo G. dio a luz en los primeros meses del año de 1935. Por las mismas razones ya dichas y especialmente porque yo vivía al lado de la casa de la señora Carolina García, pude observar con mucha frecuencia las visitas que el señor Vicente Gianneo Sinisgali practicaba a la pieza donde vivía la señora Estílica Polo G. y su pequeño hijo, de tal manera que todos los vecinos estimábamos que el papá de Nicolás Alfonso era el señor Vicente Gianneo. Más adelante después que ya Nicolás Alfonso tenía como 2 o 3 años, los muchachos y jóvenes del vecindario le apodamos "Macarrón", por ser hijo de italiano y cuando el señor Vicente Gianneo Sinisgali llegaba corríamos la voz "ahí viene el papá de 'Macarrón'. A mí me tocó siendo muy niño Nicolás Alfonso, dice finalmente el testigo, llevarlo a la tienda de su papá que tenía en el mercado público de esta ciudad, en donde el señor Vicente Gianneo Sinisgali nos atendía con golosinas como: galletas, frescos, salmón enlatado y panes...".

María Dibella Nasser, de nacionalidad italiana y quien convivió con Vicente Gianneo durante más de veinte años, narra cómo cuando aún no convivían, estando en el negocio de Vicente encontró allí a un joven que la impresionó por el parecido físico y que... posteriormente cuando ya vivía con Vicente... le aclaró que era hijo suyo... y así lo trataba y así

lo presentó en la colonia italiana, cuyos miembros todos lo tenían como hijo de Vicente".

Raúl Flórez Durán, informa que conoció en 1933 a Vicente Gianneo viviendo en una pensión de propiedad de una señora italiana llamada "Madama" y allí trabajaba como ama de llaves Estílica Polo, pensión de la cual era vecino el testigo. "Conocí en estado interesante o de embarazo a la señora Estílica Polo y el señor Vicente Gianneo respondió correctamente con atenciones hacia ella suministrándole económicamente todo lo necesario para el parto y después más tarde atendió las necesidades del niño".

Cecilia Margarita Schemell de Heilbron, dice que conoció desde antes de 1950 a Vicente Gianneo, quien tenía un negocio en el mercado público y a Estílica Polo, quien fue a trabajar a casa de su suegra Adela Tavera adonde llevó a su hijo Nicolás, quien por ese entonces tenía unos 14 años, al cual conocía como hijo de Vicente... "Sé y me consta que Vicente Gianneo costeaba personalmente los estudios de su hijo Nicolás Alfonso, ya que Estílica era poco lo que ganaba para sostenerle estudios a Nicolás Alfonso en el Colegio Americano... Más tarde y una vez terminados los estudios de bachillerato fue mandado a estudiar profesión en la ciudad de Medellín... regularmente le enviaba a Estílica Polo el valor de la pensión y mi pariente Ramoncito Emiliani era quien se encargaba de hacer las diligencias necesarias para enviar los giros a Medellín... Es exacto a su padre, agrega, en cuanto a estatura, el modo de ser, el modo de andar, las facciones de su cara, su comportamiento".

Pabla Catalina Páez Tapia, hija de Carolina García de Tapia, corrobora todo lo dicho por su madre en cuanto que su madre Carolina le arrendó a Vicente Gianneo una pieza "en donde nació Nicolás Alfonso y allí vivió como hasta 1949... nacimiento en el cual estuvo presente el padre de Nicolás y le hizo todos los gastos, como el pago de comadrona".

Ana Tulia Flórez, finalmente, madrina de bautismo de Nicolás Alfonso, dice que a la ceremonia asistió su padre Vicente Gianneo y también el abuelo del niño, que era don Nicolás Gianneo, en cuyo honor se le dio el nombre de Nicolás Alfonso; los padres "se trataban entre sí como marido y mujer, es decir, lo que en Barranquilla llaman comprometidos, estas relaciones entre ellos dos eran notorias, es decir, no las ocultaban y de esa unión nació mi ahijado Nicolás Alfonso Gianneo Polo. Vicente Gianneo atendió a Estílica durante el embarazo, después en el parto como a su propia mujer". "Posteriormente al nacimiento el señor Vicente Sinisgali trató siempre a Nicolás Alfonso como hijo de él, sosteniendo en un todo a la señora Estílica Polo en una casa muy cercana a la mencionada pensión 'Madama', en donde nació Nicolás Alfonso y en donde se crió hasta cuando se mudaron de ahí, ... Esta asistencia del señor Vicente Gianneo para los estudios de mi ahijado Nicolás Alfonso continuó durante el bachillerato en el Colegio Americano de Barranquilla, en donde tuve la satisfacción de ver junto con su padre, graduarse a mi ahijado...".

3. Como quedó consignado en el resumen del cargo, a juicio del casacionista, el Tribunal incurrió en error de derecho al reconocerle mérito probatorio a los testimonios de Raúl Flórez, Margarita Schemell de Heil-

bron, Pabla Catalina Páez, Ana Tulia Flórez de Benítez y Carolina García por cuanto, de un lado, se recibieron después de vencido el término probatorio y, de otro, al recepcionarlos el Juez no exigió a los testigos que hicieran previamente un relato de los hechos objeto de sus declaraciones.

Es verdad que *la prueba, como todo acto procesal, debe estar revestida de ciertas formalidades relativas al tiempo, modo y lugar, que, lejos de constituir una limitación al derecho de probar son una preciosa garantía para las partes y un requisito para que se hagan efectivos, entre otros, los principios fundamentales de la contradicción y publicidad. Así lo establece el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil al decir que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.*

Concretamente, por lo que toca a los requisitos de forma que el Juez debe observar relativamente a la práctica de la prueba testimonial, el artículo 228 establece que el Juez, antes de permitir que las partes interroguen al testigo, le debe ordenar que haga un relato de los hechos objeto de la declaración. Empero, como lo ha sostenido la Corte, aun cuando el Juez al momento de recepcionar el testimonio no haya ordenado expresamente al testigo que "haga un relato pormenorizado de los hechos objeto de la declaración", esa exigencia o formalidad queda satisfecha no solamente cuando aparezca pormenorizado interrogatorio del Juez sobre las precisas circunstancias, "sino también cuando por otras razones, dentro de las cuales se enlistan las preguntas de las partes y la exposición espontánea del declarante, el testimonio resulta completo, exacto y responsivo. Y si ello es así, irrazonable e injurídico resultaría desestimar las declaraciones que se han producido con citación injerencia de ambas partes" (Cas. Agosto 16 de 1973 y 29 de julio de 1980).

De suerte, pues, que como ocurrió en el caso de este proceso, del amplio y pormenorizado relato que hicieron los testigos aparece que éstos no sólo expusieron la ciencia de su dicho sino que explicaron suficientemente las circunstancias de tiempo, modo y lugar acerca de la forma como tuvieron conocimiento de los hechos referidos en sus testimonios, en otros términos que fueron responsivos, exactos y completos, como lo destacó el Tribunal, no puede infringirse el citado artículo 226 del Código y, por lo mismo tampoco puede configurarse el yerro de valoración.

De igual modo, tampoco se configura idéntico yerro deducido por el censor con fundamento en el hecho de que tales testimonios se recibieron cuando había vencido el período probatorio, circunstancia determinada, entre otras razones, por la intervención de la parte recurrente con el propósito de que se suspendiese el proceso por presunta prejudicialidad penal. Y no se configura dicho error por cuanto la prueba fue *solicitada y decretada oportunamente*, con observancia de los cardinales principios de la contradicción y publicidad. *Si por principio, para que la prueba pueda ser apreciada, se debe incorporar al proceso en las oportunidades procesales establecidas en el estatuto probatorio, no se pueden dejar de apreciar las inoportunamente aducidas, siempre que se hubieren cumplido los requisitos legales para su práctica y contradicción. Esto es lo que se infiere de lo dispuesto por el inciso 3º del artículo 183 del Código y así lo han admitido la doctrina de los procesalistas y la jurisprudencia de la Corte.*

Esta Corporación, precisamente, destacando el diferente tratamiento que merece la distinción entre la solicitud y la práctica extemporánea de pruebas, ha dicho: "La legislación y la doctrina distinguen y le dan un trato diferente a la prueba solicitada extemporáneamente de la prueba pedida en la debida oportunidad o decretada oficiosamente pero incorporada al proceso por fuera del término. Porque el principio de la preclusión es de aplicación estricta e indeclinable respecto de la petición de pruebas, pero no reviste el mismo rigor para la práctica inoportuna de los decretados por el Juez de las pedidas por las partes, como quiera que el inciso 3º del artículo 183 del Código de Procedimiento Civil abre la prueba y le concede al juzgador de primer o segundo grado, según las circunstancias, la facultad de tenerlas en cuenta para la decisión, con tal que se hayan cumplido los requisitos legales para su práctica y contradicción" (Cas. Civ. de 7 de septiembre de 1978. CLVIII, 207).

4. Otro de los ataques hechos por el casacionista a la sentencia del Tribunal, relativamente a la valoración probatoria y que tampoco está llamado a sacar avante el cargo, lo hace consistir en que el Tribunal no apreció como indicio en contra del demandante su conducta procesal, a causa de su renuencia a la práctica del examen sobre las características hereditobiológicas paralelas entre él y su presunto padre. Dicha prueba fue solicitada por el demandante y oportunamente decretada; pero, por considerar esa misma parte que las demás incorporadas hasta entonces al proceso eran suficientes, desistió de ella seis meses después de decretada, acto este permitido por no hallarse dentro de las limitaciones establecidas por la última parte del inciso 1º del artículo 344 del Código, y sin que, por lo demás, quien solamente ahora viene a formular la acusación hubiera hecho reclamación alguna contra la providencia que aceptó tal desistimiento. Fuera, pues, de que el recurrente no señala la norma infringida, no se dan los fundamentos de la acción.

5. Formula también el censor, según se vio anteriormente, acusación por error de hecho al haber dejado de apreciar el Tribunal los documentos que obran a folios 68 y 76 del cuaderno principal que él mismo aportaba con la solicitud de suspensión del proceso, en lo cual no le asiste razón, pues no reparó que, contrariamente a lo que sostiene, el Tribunal sí los tuvo en cuenta. A ellos se refirió expresamente cuando afirma en su fallo que no obstante los "diversos documentos que obran en el proceso 'en que en unos Nicolás Alfonso aparece con apellido *Yarnés* y en otros con el de *Giannea*', existe absoluta certeza de que éstos y aquéllos se refieren a la misma persona". La circunstancia de que el Tribunal no hubiese sacado del examen de tales documentos la conclusión querida por el recurrente, no permite sostener que hubiese incurrido en error.

Finalmente, tampoco se configura el yerro de hecho que el casacionista endilga al sentenciador *ad quem* en la apreciación de los testimonios de Oscar Heilbron y Rodrigo Carreño, de una parte, y de los de Miguel Angel Tuesta y María Dibella Nasser de otra. En cuanto a los primeros dice que sí, como lo sostienen, conocieron a los padres y al demandante sólo 15 o 19 años después de nacido éste, sus dichos no pueden acreditar relaciones sexuales por la época en que pudo tener lugar la concepción, ni tampoco del trato personal y social dado por el presunto padre a la

madre del demandante durante el embarazo y parto. Además, agrega, que ni unos ni otros pueden referirse en sus declaraciones al demandante, ya que por la época a que aluden quien existía era conocido como Nicolás Yarués Polo, como lo confirma el informe del Registrador del Estado Civil.

El Tribunal, según se dijo ya, apoyó su declaración de filiación natural solicitada no sólo en las causales de relaciones sexuales y trato personal y social dado por el presunto padre a la madre, sino también en la posesión notoria y para ello se basó en todos los elementos de prueba incorporados al plenario, principalmente en la testimonial, medios que después de considerar por separado valoró de conjunto; el sentenciador no precisó en qué grado un testimonio acreditaba una de tales causales sino que, se repite, los apreció de conjunto como lo establece el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, para anclar en todos ellos su sentencia.

Más aún, en el supuesto de que pudiera predicarse comisión de tal yerro en la apreciación de los primeros testimonios, o sea en lo que concierne a relaciones sexuales y trato social y personal del padre hacia la madre, quedaría en firme la posesión notoria y si él se dedujera respecto de lo segundo, en uno y otro caso el fallo se mantendría con los testimonios de Raúl Flórez, Margarita Schemell, Pabla Catalina Páez, Ana Tulia Flórez y Carolina García, respecto de las cuales el ataque basado en error de derecho resulta infundado.

De haberse dado el error de hecho que enrostra el sentenciador *ad quem* en relación con los cuatro testimonios mencionados, que por lo visto no se da, tal yerro resultaría intrascendente, pues no determinaría el quiebre de la sentencia, ya que con las declaraciones de los cinco testigos restantes el fallo se mantendría incólume.

Viene de todo lo dicho que habiendo resultado infundados todos los ataques, el cargo no prospera.

DECISIÓN

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 13 de diciembre de 1983, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Costas en casación a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

CONSULTA

En favor de quién está instituido este grado de competencia funcional. Aunque la sentencia hubiere sido apelada permanece sin ejecutoria mientras no se ventile la consulta consagrada en favor de quien estuvo representado por Curador Ad Litem y fue vencido en el proceso.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

Bogotá, D. E., 30 de julio de 1985.

Decídese el recurso de casación interpuesto por dos de los demandados contra la sentencia de 11 de mayo de 1984, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en el proceso ordinario adelantado por Francisco Tulio Dávila contra Antonio José, Rita y Ligia Rebellón Gil, como herederos de César Tulio Rebellón Gil.

Antecedentes

I. Por demanda de 22 de enero de 1982, adicionada el 11 de febrero y 7 de julio del mismo año, solicitó el mencionado demandante que con audiencia de los referidos demandados, se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

a) Que Francisco Tulio Dávila, nacido el 17 de noviembre de 1955 en la ciudad de Cartago, es hijo natural de César Tulio Rebellón Gil, ya fallecido y, como tal, es heredero de este último, con derecho a recoger su herencia;

b) Que se condene a los demandados a restituirle al demandante "todos los bienes hereditarios que le corresponden", con sus "aumentos, mejoras, accesorios y frutos percibidos desde la muerte del causante hasta la fecha de la entrega";

c) Que se disponga el registro de la sentencia y se condene a los demandados en las costas del proceso.

II. Como hechos fundamentales de la demanda se refirieron los siguientes:

a) A comienzos de 1948 Rocío Dávila trabajaba en la ciudad de Cartago, en la "Optica Suiza", y en ese entonces conoció al doctor César Rebellón Gil;

b) Lo que inicialmente "fue una amistad de constante trato" y de noviazgo, que dio lugar a que en el año de 1951 el mencionado doctor Rebellón Gil vinculara a Rocío como su secretaria en la fábrica de baldosas "El Diamante", a la postre ellos iniciaron relaciones sexuales, "en forma continua, estables y notorias, las cuales se prolongaron en el tiempo; una vez ella se instaló a vivir en las habitaciones de la fábrica de baldosas mencionada";

c) Con motivo de tales relaciones, "por el año de mil novecientos cincuenta y tres (1953) quedó Rocío Dávila embarazada y fue cuando su amante el doctor César Rebellón Gil, en un gesto noble de caballerosidad y gallardía y de alto grado de responsabilidad, dispuso que la madre de su futuro vástago fuese a vivir a casa de la señora Josefa Aponte Rosales..." situada en la ciudad de Cartago, donde nació César Humberto Dávila el 8 de julio de 1954, quien luego falleció;

d) Al continuar las relaciones César Tulio Rebellón Gil con Rocío Dávila, ésta "concibió un segundo hijo, fruto de aquellas relaciones, quien nació el día dieciséis (17) de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), a quien se le dio el nombre de Francisco Tulio Dávila";

e) "Durante todo el tiempo en que la señora Rocío Dávila habitó la casa de habitación de la señora Josefa Aponte Rosales, el doctor César Rebellón Gil pagó los respectivos arrendamientos, proveyó a su compañera e hijos de droga, vestuario y alimentación y siempre trató a César Humberto y Francisco Tulio como sus hijos, que eran, y así los presentó a sus amistades y relacionados en general y al vecindario y no obstante su corta edad regularmente los sacaba a dar paseos en su vehículo automotor, presentándolos siempre, repito, en ese carácter, a todos sus amigos, relacionados y al vecindario en general, quienes siempre han tenido a aquéllos como hijos del doctor César Rebellón Gil";

f) "Por el año de mil novecientos cincuenta y seis (1956), ante la posibilidad de establecer una fábrica de mosaicos en el Municipio de La Virginia (Rda.), el doctor César Rebellón Gil trasladó a dicho municipio a la señora Rocío Dávila en unión de sus hijos César Humberto y Francisco Tulio, tomando en principio una casa en arrendamiento y posteriormente compró un lote de terreno en donde levantó una casa de habitación a la cual llevó a vivir a la señora Rocío Dávila y que ésta actualmente continúa habitando en compañía de su hijo Francisco Tulio";

g) "El lote en donde el señor Rebellón Gil construyó la casa de habitación a que me he referido en la última parte del hecho anterior, fue adquirido por aquél por compra, para la madre de Rocío Dávila, de nombre María Francisca Dávila Gómez, al señor Abel de Jesús Osorio R., y la casa fue construida por los señores Pastor Giraldo Carvajal y José Gilberto Aguirre Betancourt, personas a quienes Rebellón Gil pagó su trabajo en forma personal y directa y de su propio peculio";

h) "En el Municipio de La Virginia continuaron los contactos amorosos y sexuales del doctor César Rebellón Gil y la señora Rocío Dávila y aun cuando aquél no estaba radicado en forma definitiva en la casa habitada por ésta, lo cierto es que a ella concurría regularmente dos o tres veces a la semana, amaneciendo allí en ocasiones, pero siempre listo a cumplir con sus obligaciones de padre de sus hijos César Humberto y Francisco Tulio, hechos que continuaron sucediéndose por espacio de varios años, antes de empezar a suspender por temporadas sus relaciones sexuales con su amada, mas no las obligaciones de padre a hijos, pues hasta días antes de su muerte proveyó de lo necesario a su hijo sobreviviente Francisco Tulio, quien siempre ha venido poseyendo notoriamente la calidad de hijo natural suyo";

i) En la población de La Virginia se educaron César Humberto y Francisco Tulio Dávila y su padre César Tulio Rebellón siempre les proporcionó los medios económicos necesarios para ello, lo cual efectuó directamente o a través de Angel María Restrepo, administrador de la fábrica de baldosas antes referida, en ese entonces, y aún permanece en el cargo. Y "fue así como la última encomienda económica encargada por el doctor César Rebellón Gil fue cumplida por el señor Angel María Restrepo, ...varios días después de haberse presentado el fallecimiento del doctor Rebellón Gil, cuando entregó a Francisco Tulio Dávila, en presencia de la señora Antuned Barsa, una suma de dinero que su difunto padre le había dejado";

j) El doctor César Tulio Rebellón Gil proveyó para la crianza, educación y sostenimiento de su hijo Francisco Tulio Dávila y lo trató como tal en "forma pública y notoria", "ante el conglomerado", por un lapso superior a diez años, "es decir, desde el nacimiento de Francisco Tulio hasta la muerte del doctor Rebellón";

k) El doctor César Tulio Rebellón falleció trágicamente el 15 de enero de 1981, sin otorgar testamento, sin dejar descendencia legítima, por lo que en el proceso sucesorio fueron reconocidos como herederos sus hermanos, los demandados;

l) También se afirmó en la demanda, bajo juramento, que se desconocía el domicilio del demandado Antonio José Rebellón Gil.

III. Emplazado el demandado Antonio José Rebellón Gil y ante la no comparecencia al proceso, se le proveyó de curador *ad litem*, quien respondió en el sentido de atenerse "a los resultados del recaudo probatorio".

IV. De los otros dos demandados, sólo contestó la demanda Inglia Rebellón, en el sentido de negar los hechos y de oponerse a las súplicas de la demanda.

V. Impulsado el proceso en esas condiciones, la primera instancia terminó con sentencia de 17 de noviembre de 1983, pronunciada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartago, mediante la cual se hicieron los pronunciamientos siguientes:

"1º *Declarar* que Francisco Tulio Dávila nació en esta ciudad el 17 de noviembre de 1955, *es hijo natural* del causante *César Tulio Rebellón*

Gil, muerto en el Municipio de La Victoria (Valle), el 15 de enero de 1981, para todos los efectos legales.

"2º *Notifíquese* la anterior decisión al señor Notario Primero de esta localidad, para que se sirva efectuar las anotaciones y correcciones del caso en el acta de registro civil de nacimiento de Francisco Tulio Dávila, inscrita en el libro 71, folio 357 de dicha notaría.

"3º *Declárase*, igualmente, que el señor *Francisco Tulio Dávila*, como consecuencia de la declaración anterior, es heredero *ab intestato* del causante *César Tulio Rebellón Gil* con derecho a recoger la herencia hasta concurrencia de lo que le corresponde como legitimario y por concepto de su legítima rigurosa, en la sucesión del causante mencionado.

"4º *Dispónese* que los señores *Antonio José Rebellón Gil, Rita Rebellón de Victoria* y *Ligia Rebellón de Jiménez* y/o sus causahabientes a título singular o a título universal, deben restituir al señor *Francisco Tulio Dávila*, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, todos los bienes hereditarios que le corresponden en su calidad de heredero como hijo natural del causante César Tulio Rebellón Gil, con todos sus aumentos, mejoras, accesorios y frutos percibidos desde la muerte del causante hasta la fecha en que tal entrega se efectúe, todo de conformidad con lo estatuido en los artículos 1323 y 961 del Código Civil y normas concordantes.

"5º *Dispónese* la inscripción de esta sentencia en la Oficina de Registro de II. PP. de esta localidad, para lo cual se expedirá oportunamente la copia respectiva.

"6º *Condénase* en costas a la parte demandada".

VI. Inconformes las demandadas Ligia y Rita Rebellón con la resolución precedente, interpusieron contra ella el recurso de apelación, habiéndo terminado la segunda instancia con fallo de 11 de mayo de 1984, en el que se dispuso lo siguiente:

"*Primero. Reformar* la sentencia apelada, en el punto 4º de la parte resolutiva, que quedará de esta guisa: '4º Disponer que los demandados Antonio José Rebellón Gil, Rita Rebellón de Victoria y Ligia Rebellón de Jiménez y/o sus causahabientes a título singular o a título universal, restituyan al actor Francisco Tulio Dávila dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, todos los bienes hereditarios que le corresponden en su calidad de heredero como hijo natural del causante César Tulio Rebellón Gil' (Fls. 118 Ptc. Cdno. Ppal.), con todos los frutos naturales y civiles de tales bienes, y no solamente los percibidos, sino los que su dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder, pero solamente a partir de la contestación de la demanda. En caso de que no existan esos frutos, se dará cumplimiento al segundo inciso del artículo 964 del Código Civil. El actor abonará a los demandados los gastos ordinarios que han invertido en producirlos (Art. 964-4 inciso, *ibidem*). El trámite para la liquidación de frutos y gastos ordinarios será el del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

"*Segundo. Confirmar* en todo lo demás la sentencia apelada que es de diecisiete (17) de noviembre del año pasado —1983— (Fls. 106 Fte. a 118 Fte. Cdno. Ppal.), proferida por el Juez Primero Civil del Circuito de Cartago, en este proceso ordinario de filiación natural y petición de herencia entablado por *Francisco Tulio Dávila*, vecino de Cali, contra *Antonio José Rebellón Gil*, cuya residencia se desconoce, y contra *Rita* y *Ligia Rebellón*, vecinas de Cali; y

"*Tercero. Abstenerse* de condenar en costas en la segunda instancia por no haberse causado éstas".

VII. Las mismas demandadas interpusieron contra la anterior sentencia el recurso extraordinario de casación, de que ahora se ocupa la Corte.

La sentencia del Tribunal

El *ad quem*, luego de referir los antecedentes del litigio y de sentar algunos criterios doctrinales respecto de las presunciones de paternidad natural por relaciones sexuales y por posesión notoria del estado de hijo, se ocupa de los elementos de convicción, y en el punto hace las reflexiones siguientes:

a) "Para el Tribunal los hechos que hacen presumir probada la paternidad natural, en el caso del ordinal 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, aparecen acreditados de manera cabal con los testimonios de Mariana Pinillos de Duque, Edelmira Zapata de Soto, Eduardo Soto Ortiz, Germán Chamorro y María Josefa Apunte Rosales, quien vive con el autorior. Tomados estos testimonios en su conjunto (Art. 187 del Código Civil) (sic) prueban que el doctor César Tulio Rebellón Gil y Ana Rocío Dávila se conocieron en Cartago hacia 1950, sin precisar la fecha exacta, pero con toda certeza antes del nacimiento de sus hijos, siendo de destacar que aunque vacila un poco Edelmira Zapata sostiene que fue del año 49 en adelante (Fls. 17 Vto. Cdno. Nº 2), no encontrándose entonces una grave contradicción cuando a folio 16 vuelto dice que eso fue en 1951, porque en todo caso lo que allí se demuestra es que dichas relaciones comenzaron mucho antes del 17 de noviembre de 1955, fecha de nacimiento del demandante (Fls. 10 Fte. Cdno. Nº 1). Lo anterior aparece apuntalado por el testimonio de Germán Chamorro, quien afirma que en su casa nacieron los dos hijos del doctor César Tulio Rebellón; que eso fue aproximadamente en 1954, en todo caso anterior en un año al nacimiento del actor. Leyendo los otros testimonios aludidos se deduce sin la menor duda que las relaciones sexuales entre los dos amantes dieron como resultado el nacimiento de aquél, pues Ana Rocío que vivía con su madre, empleada del servicio doméstico, en la casa de Mariana Pinillos de Duque, fue sacada de allí por el doctor Rebellón y conducida a habitaciones de la fábrica de baldosas El Diamante y a la casa de aquel declarante en donde tuvo sus dos hijos.

"Cierto que se notan algunas imprecisiones o vacilaciones en algunos testigos, pero tomadas sus declaraciones en conjunto (Art. 187 C. de P. C.) dan plena certidumbre, al menos al Tribunal de Buga, de que están diciendo la verdad. Es muy difícil creer, dada la sinceridad que muestran

los testigos, que los hechos de que están hablando sean falsos. Súmese a los anteriores don Julio Barsa viejo amigo del doctor Rebellón, su compañero León, que se dio cuenta de las relaciones amorosas del causante con Ana Rocío Dávila";

b) Que los demandados, para efecto de la restitución de bienes, deben ser considerados como poseedores de buena fe, por lo que en ese particular debe reformarse el numeral 4º de la parte resolutiva;

c) Que si existiere alguna duda sobre la paternidad natural del demandante por las relaciones sexuales ocurridas entre Rocío Dávila y el doctor César Rebellón Gil, "es lo cierto que la copiosa prueba testimonial recaudada en los autos, acredita de manera plena, fehaciente, irrefragable, que el demandante gozó de la posesión notoria del estado de hijo natural (extramatrimonial) del causante, doctor César Tulio Rebellón Gil.

"Prácticamente todos los testigos, quince en total, elocuentemente expresan: Que el doctor César Tulio Rebellón Gil le dio al demandante Francisco Tulio Dávila el trato de hijo, proveyendo a su subsistencia y educación, en fin a su crianza, sin que nunca lo hubiera abandonado, por lo cual la duración de ese trato rebasa en mucho los cinco años. Téngase en mientes que los testigos no sólo afirman que en Cartago el causante veló por sus dos hijos, sino que hasta los ubicó en La Virginia, en donde con frecuencia visitaba a su amante y desde luego, a ellos, uno de los cuales falleció en un accidente motociclístico en Cali, precisamente el que antes había sido asistido judicialmente por el doctor Álvaro de J. Gómez Trujillo, quien al respecto hace afirmaciones que no dejan la menor duda de que el susodicho causante se consideraba padre de César y Humberto Dávila.

"De todos estos testimonios se deduce también que los amigos del doctor Rebellón Gil, lo mismo que el vecindario del lugar en que vivían los amantes en Cartago, y luego en La Virginia, reputaban al actor como hijo del doctor Rebellón Gil, sin que sea menester insistir en que era necesario que lo presentara como su hijo a deudos y amigos ni que hubiera provisto a su educación y establecimiento *de un modo competente*, porque todo esto se exige es en el caso de la *posesión notoria* del estado de hijo legítimo (Art. 397 del C. C.).

"A este respecto testimonios como el de don Julio Barsa, Adelaida Parra de Restrepo, Myriam Stella Duque Pinillos, Olga Bueno de Bulcro, Elías Echeverri González, Antoinnete Barsa, Cecilia Múnera de Uribe, José Gilberto Aguirre Betancourt, Cecilia Fajardo viuda de Rendón y Mariana Pinillos de Duque, no dejan la menor duda de que el doctor Rebellón Gil, por un lapso superior a los cinco años, trató al demandante como a su hijo. Los otros testigos que apuntan en el sentido de que entre Rebellón Gil y la Dávila existieron relaciones sexuales, refuerzan a los declarantes que hablan de la posesión notoria del estado de hijo de que gozó el actor respecto del mentado *de cujus*.

"Es decir, sobre el último aspecto se podría afirmar que si se sostuviera que no es incontrastable la prueba que acredita las relaciones sexuales en mientes, ella serviría para reforzar los elementos demostrativos que acreditan que el actor gozó de la posesión notoria del estado de hijo

extramatrimonial del tantas veces mencionado doctor César Tulio Rebellón Gil".

EL RECURSO DE CASACIÓN

Dos cargos formula la parte recurrente contra la sentencia del Tribunal, ambos por la causal quinta, de los cuales la Corte centra su estudio al primero, por estar llamado a prosperar.

Cargo primero. Lo presenta así:

"Haberse incurrido en la causal de nulidad prevista en el artículo 152 num. 3 del Código de Procedimiento Civil, por haberse pretermitido íntegramente la segunda instancia para el demandado Antonio José Rebellón Gil, toda vez que la revisión de la sentencia de primer grado se efectuó en ejercicio del recurso de apelación y no en consulta, violando lo dispuesto en el artículo 386 del Código de Procedimiento Civil, lo que genera nulidad de la actuación correspondiente, en virtud de no haberse saneado el vicio según los artículos 155 y 156 del Código de Procedimiento Civil".

Las recurrentes desarrollan el cargo sobre los asertos siguientes:

a) Que el demandado Antonio José Rebellón Gil fue emplazado y, como no compareciera, se le proveyó de curador *ad litem*, quien una vez posesionado y discernido el cargo, dio respuesta a la demanda;

b) Que al estar el demandado Antonio José representado por curador *ad litem*, a términos del artículo 386 del Código de Procedimiento Civil, el juzgador de primer grado debió ordenar oficiosamente la consulta del fallo por él proferido, más aconteció que no fue ordenada y el negocio subió al Tribunal, pero para surtir el recurso de apelación que interpusieron contra la sentencia del *ad quem* los otros dos demandados, o sea, Rita y Ligia Rebellón Gil, lo cual se traduce en que el *ad quem* actuó con la limitación del principio de la no *reformatio in pejus* y, por ende, no estudió la situación del emplazado Antonio José, pues si la hubiera avocado, habría decretado la nulidad de lo actuado y no se hubiera concretado a reformar la decisión apelada;

c) Que así las cosas, se incurrió en la nulidad insanable de que trata el numeral 3 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto se pretermitió íntegramente la instancia respecto del demandado Antonio José, como quiera que no se surtió, respecto de éste, la consulta.

SE CONSIDERA:

1. *La consulta, que no es ciertamente un recurso, sino un segundo grado de competencia funcional, está destinada a que el superior revise oficiosamente las sentencias proferidas por el a quo, en determinados negocios y según la índole de la decisión tomada.*

2. *Las sentencias que profiera el inferior y que debe consultar con el superior, según los artículos 386 del Código de Procedimiento Civil y 13 del Decreto 508 de 1974, son las siguientes:*

a) Las adversas a la Nación, departamentos, intendencias, comisarías y municipios;

b) Las que decretan la interdicción;

c) Las que declaran bienes vacantes, mostrencos o pertenencias;

d) Las dictadas en los procesos abreviados a que se refiere el artículo 12 del Decreto 508 de 1974; y

e) Las que fueren adversas a quien estuvo representado por curador ad litem.

3. *Como se acaba de poner de presente, entre los fallos que reclaman consulta, se encuentran todos aquellos que sean contenciosos de una resolución adversa a quien estuvo representado por curador* ad litem, *lo cual se ha dicho que es apenas obvio y explicable que así se dispusiera, para garantizarles en mejor forma los derechos a quienes se encuentran representados en esas condiciones y, por demás, para precaverlos de una posible conducta desidiosa de su representante en el debate litigioso o, de no ser así, no tener el curador la suficiente información que le permita asumir una defensa eficaz de los derechos de su representado.*

4. *Aunque la consulta procede en las hipótesis precedentes, no hay lugar a ella cuando la parte, en cuyo beneficio se ha consagrado, ha interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia del* a quo, *porque si el objetivo de aquélla es dar origen a una segunda instancia y obtener una revisión oficiosa del fallo, tal objetivo se cumple con la interposición del recurso de alzada, como lo tiene aclarado la doctrina.*

5. *En los eventos en que procede la consulta, como ésta da lugar a la segunda instancia, se le debe dar el trámite correspondiente, o sea, el mismo que se le da a la apelación de sentencias, pues en el punto establece el artículo 386 del Código de Procedimiento Civil que la "consulta* se tramitará y decidirá *por el superior en la misma forma que la apelación" (Arts. 357, 358 y 360 del C. de P. C.).*

6. *Ahora bien, si en tratándose de una sentencia de las que por imperativo legal es consultable, y la segunda instancia se surte con fundamento en el recurso de apelación propuesto por una parte diferente de aquella en cuyo beneficio ha sido instituida la consulta, incuestionablemente se ha pretermitido la segunda instancia respecto de la parte beneficiada con ésta, lo cual se traduce en un vicio de nulidad insanable (Art. 152-3 del C. de P. C.) y, además, en que el fallo del* a quo, *cuya consulta se ha omitido, aún permanece sin ejecutoriarse, puesto que a términos del inciso final del artículo 331 del C. de P. C.,* las sentencias sujetas a consulta no quedarán en firme sino luego de surtida ésta *(subraya la Corte).*

7. *Lo cierto es que no tratándose en la especie de esta litis de un caso de litis consorcio necesario, sino voluntario, rige el principio de la personalidad de la apelación, esto es, que el recurso propuesto sólo beneficia a quienes lo interpusieron (Cas. Civ. de 16 de agosto de 1972).*

8. Si como aquí ocurrió en la especie de esta litis, se sustanció y decidió el recurso de apelación propuesto por dos de las demandadas, mas

no se dispuso, ni se tramitó, ni por ende se decidió la consulta del fallo del *a quo*, con motivo de estar representado el demandado Antonio José Rebollón Gil por curador *ad litem*, se infiere que se pretermitió la segunda instancia del proceso con relación a este último. Siendo así las cosas, existe la nulidad alegada en el cargo, por lo que éste prospera, lo cual impone casar la sentencia impugnada, a fin de que la Corte en instancia, con respaldo en el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, decrete la nulidad de lo actuado a partir del auto de 5 de diciembre de 1983, que obra al folio 121 vuelto del cuaderno principal, inclusive.

RESOLUCIÓN

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia atacada y, como Tribunal de instancia, con fundamento en las consideraciones expuestas al despachar el cargo,

RESUELVE:

1º DECRÉTASE la nulidad de lo actuado en este proceso a partir del auto de 5 de diciembre de 1983, inclusive.

2º En consecuencia, se renovará la actuación anulada.

3º No hay lugar a costas en el recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS

ALIMENTOS. La sentencia que exonera al demandado de pagar alimentos a sus menores hijos, proferida por el Juzgado de Menores, no hace tránsito a cosa juzgada material.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

Bogotá, D. E., 1º de agosto de 1986.

Por apelación conoce la Corte de la segunda instancia de este proceso de separación de cuerpos promovido ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, por María del Carmen Garzón Vega de Gómez-Jurado contra Alvaro José Gómez-Jurado Forero.

Antecedentes

I. Mediante libelo de 30 de mayo de 1984, la demandante solicitó al Tribunal que mediante sentencia decretase la separación definitiva de cuerpos de su esposo y la consiguiente disolución de la sociedad conyugal que, por el hecho del matrimonio se había formado entre ellos. Solicitó asimismo el señalamiento de una suma de dinero para la congrua subsistencia de sus hijos Alvaro José Eliseo y María Elvia Gómez-Jurado Garzón y la inscripción de la sentencia correspondiente, así como la condena en costas para el demandado en caso de que hiciese oposición.

II. Al exponer los fundamentos fácticos de sus pretensiones, dijo la demandante, en síntesis: que ella y Alvaro José Gómez-Jurado se unieron en matrimonio católico el 18 de mayo de 1974 y que como fruto de esa unión procrearon dos hijos: Alvaro José Eliseo y María Elvia Gómez-Jurado Garzón; que el esposo abandonó de hecho a su familia hace ocho años y que tal situación persiste y ha sido ininterrumpida; que el cónyuge ha abandonado gravemente sus deberes económicos frente a sus hijos y frente a su esposa, razón por la cual han acudido a la protección de los padres de la demandante; que el demandado también lo fue por ella en

proceso de alimentos a favor de sus hijos legítimos y que los hechos aquí invocados son graves e injustificados.

III. Aceptada la demanda y comunicada su admisión al demandado, éste le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones de la actora. En cuanto a los hechos aceptó algunos y negó los que invoca como constitutivos de causales de separación. Manifiesta que fue la demandante quien incumplió las obligaciones conyugales; que la separación ha sido definitiva desde el 23 de agosto de 1976 por abandono injustificado de parte de la esposa, que desde el 15 de julio de 1977, en razón de una conciliación dentro del proceso de alimentos número 1435, tramitado en el Juzgado Segundo Promiscuo de Pasto, no atiende a sus deberes económicos, pero sí los otros deberes pese a las dificultades de la separación y hasta cuando se lo permitieron, pues en últimas se le impidieron las visitas y convivencias con sus hijos, para lo cual hubo de recurrir a las autoridades judiciales.

Agrega que la demandante violó "el acuerdo judicial conciliatorio y la providencia aprobatoria", también del Juzgado Segundo Promiscuo de Pasto en el proceso de guarda número 243, que tiene valor de cosa juzgada y según el cual se mantuvo en común la patria potestad, pero se reglamentó la tenencia de los menores alternativamente cada cinco días a cargo económico exclusivo del cónyuge de turno. Considera que esta conducta viola los deberes de madre y esposa. Y explica que su conducta no es de abandono físico deliberado sino que está imposibilitado para tener acceso a ellos. De otro lado se afirma en las respuestas al libelo que a partir del 11 de octubre de 1977 no tiene la más mínima comunicación con la demandante ni personal ni telefónica ni escrita, tampoco con los citados en calidad de testigos.

Refiriéndose a la demanda que se instauró por alimentos y en la cual resultó absuelto explica que no fue él quien probó incapacidad económica, sino que esa decisión obedeció a falta de presupuestos para declarar aceptada la pretensión, y que él sí probó entonces el cumplimiento de sus obligaciones en la medida de sus capacidades.

IV. Agotada la tramitación correspondiente a la primera instancia, el Tribunal le puso fin en sentencia de 29 de enero de 1985 y como hallara prueba de los hechos alegados como fundamento de las pretensiones las acogió, con la aclaración en cuanto la separación se declara indefinida no definitiva como impropiamente fue deprecada. Por tal motivo la demandada recurrió en apelación.

Consideraciones de la Corte

1. Un detenido examen de los autos permite concluir que al tiempo que concurren todas las condiciones de validez formal del proceso y los requisitos indispensables para una sentencia de mérito, no se observan irregularidades que constituyan motivo de nulidad del proceso.

2. Con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho consignados en la demanda que dio origen a este proceso, la demandante solicitó la separación de cuerpos de su esposo con fundamento en la causal segunda

del artículo 154 del Código Civil, consistente en incumplimiento grave e injustificado de sus deberes de esposo y padre.

3. Con el propósito de establecer la causal invocada, por petición de la actora se adujeron los siguientes elementos de prueba:

a) Declaración de parte del demandado;

b) Testimonios de María Teresa Vega de Garzón, Francisco Garzón Thomas, padres de la actora, Olaga Garzón de Díaz del Castillo y Lucía Garzón de Belalcázar, hermanas de la demandante.

4. Por su parte, el demandado se propuso desvirtuar las afirmaciones contenidas en la demanda y controvertir los elementos probatorios de su contraparte aportando como pruebas suyas:

a) Copia del acta de conciliación del 25 de julio de 1977, producida dentro del proceso de guarda 243 del Juzgado Segundo Promiscuo de Menores de Pasto;

b) Solicitó copia de lo pertinente, en el proceso 243, para demostrar la retención indebida de los menores por parte de la madre demandante;

c) Copias del proceso de alimentos 1435 limitadas a las siguientes piezas: demanda, contestación, renuncia al cargo donde laboraba, presentada por la actora, Decreto 515 de la Gobernación de Nariño; acta de conciliación de 11 de octubre de 1977 y sentencia de 12 de septiembre de 1978;

d) Copias de actas de conciliación extraproceso y demás piezas fechadas el 18 y el 30 de mayo y 1º de junio de 1977 referentes a los esposos Alvaro José Gómez-Jurado y María del Carmen Garzón, que reposan en el Juzgado Primero Promiscuo de Menores de Pasto;

e) Del Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto y del proceso 1357 copia de la denuncia, de la declaración instructiva y de la providencia que puso fin al proceso;

f) Se pidió pero no se practicó el peritazgo médico psiquiátrico sobre la demandada para reconocer su estado de salud mental.

5. La causal invocada por la demandante como fundamento de la separación la concreta al incumplimiento por parte del demandado de sus deberes de esposo y padre, pues que según lo afirma, se ha sustraído a sus obligaciones alimentarias y morales frente a ella y sus hijos, hechos que ponen de manifiesto el abandono físico del hogar desde hace ocho años, sin causa que lo justifique, lo cual a su vez, como es obvio, hace suponer dicho incumplimiento.

Los supuestos de hecho en que basa la causal invocada, como con acierto lo destacó el Tribunal, quedaron suficientemente establecidos con lo manifestado por el mismo demandado en la contestación de la demanda e interrogatorio de parte y con los testimonios de los padres de la demandante y los de Olga Garzón de Díaz del Castillo y Lucía Garzón de Belalcázar, cuyos dichos no merecen el reparo que les hace el recurrente en razón del parentesco, pues fuera de que no constituyen prueba única, lo sostenido por ellos lo corroboran otros elementos de juicio y son precisa-

mente los familiares quienes, en casos como éstos que se relacionan con cuestiones íntimas, son los más indicados para informar sobre ellas.

En efecto, el demandado en su respuesta al libelo expresó que esa separación de hecho de que se habla en la demanda es definitiva desde el 23 de agosto de 1975 y que el abandono de sus cargas económicas se viene sucediendo desde el 25 de julio de 1977; y, agrega, que desde el 11 de octubre de ese mismo año no ha vuelto a tener comunicación personal de ninguna índole ni con su esposa ni con los parientes de ella, situaciones todas estas que trata de justificar amparado en lo resuelto por el Juzgado Segundo Promiscuo de Menores de Pasto, al impartirle aprobación al acuerdo conciliatorio del 25 de julio de 1977, respecto de la forma como se regulaba el cuidado de los hijos y la sentencia de 12 de septiembre de 1978, en la cual se le exoneró de la obligación de pagar alimentos.

El demandado, en su extensa declaración de parte, manifiesta, como lo había hecho en la contestación de la demanda, que no ha incumplido con los deberes de padre y marido, haciéndose énfasis especial en aquellos que tiene con relación a sus hijos menores. "Desde el punto de vista económico —dice— cumplí mis deberes de padre y esposo, tanto estos del auto aprobatorio de la conciliación procesal de 25 de julio de 1977 (Juzgado Segundo Promiscuo de Menores de Pasto), al igual que cumplí la totalidad de mis obligaciones decretadas en dicho auto con valor de sentencia basada en autoridad de cosa juzgada". Relata que hizo a la demandante varios giros bancarios, cuando estuvo ausente de Pasto, ejerciendo un cargo público en Bogotá, y que una vez domiciliado en Pasto, desde fines de marzo de 1976, hasta el 15 de julio de 1977, "religiosamente, el día 15 de cada mes, hacía entrega personal del dinero correspondiente a los gastos de mi cónyuge y los hijos". Advierte, sin embargo, en forma consciente y libre, como lo destaca el Tribunal, que con posterioridad a la conciliación procesal ya indicada y al auto aprobatorio de la misma, posee el derecho de patria potestad, tenencia y cuidado personal de los menores, siendo que este último debo ejercitarlo en mi hogar teniendo real y efectivamente en él a mis hijos, donde debo erogar los costos correspondientes al cuidado personal, sin que por la providencia indicada tenga ninguna obligación ni económica ni de otro tipo con respecto a los menores cuando ellos no me sean entregados para mi cuidado personal. En consecuencia, agrega, es mi derecho, legal y judicial, no pasar ninguna cantidad de dinero a la demandada (sic) ni por los menores, ni por ella, cuando los menores estén en su poder...".

Cuando se le preguntó, entonces, "¿quién atiende las necesidades de sus hijos, tales como alimentación, vivienda, estudio, servicios médicos y odontológicos, además de las recreativas?". El demandado contestó: "Desconozco quién supla las obligaciones de mi cónyuge en ese aspecto, pues sólo a ella corresponden en tanto retenga indebida e injustificadamente a los menores, en virtud de la llamada sentencia de cosa juzgada que ya he citado anteriormente...". Las demás preguntas contenidas en el interrogatorio propuesto por la demandante, las respondió en forma similar, alegando la misma excusa.

Del contexto de esta prueba, como lo precisó también el Tribunal, emerge nítidamente la confesión libre y espontánea de que el demandado

se ha sustraído, en forma deliberada, no sólo al cumplimiento de los deberes que le incumben con relación a sus hijos: crianza, educación y establecimiento, alegando como excusa la socorrida "acta de conciliación", tantas veces referida, sino también a sus deberes de marido, que se traducen en el deber de vivir junto a su mujer, de socorrerla y ayudarla en todas las circunstancias de la vida, lo cual implica tajante reconocimiento de que éste ha incumplido voluntariamente todo el conjunto de las obligaciones que surgen del matrimonio, sin que para ello hubiese alegado y demostrado ningún motivo de justificación aceptable.

6. Con los elementos de prueba reseñados, no queda la menor duda, como no le quedó tampoco al Tribunal, que los supuestos de hecho en que se apoya la causal invocada quedaron suficientemente demostrados, pues fuera de que se acreditó que el demandado ha incumplido la obligación de vivir con su esposa, la de socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida que le imponen los artículos 9 y 11 del Decreto 2820 de 1974, lo mismo que la de suministrarle alimentos, etc., las razones exculpatorias respecto del incumplimiento de las obligaciones para con los hijos tampoco tienen justificación. Por lo demás, estas no son solamente las relativas a los alimentos y cuidado personal, como parece sostenerlo el recurrente. Y es bien sabido, como repetidamente lo ha dicho la Corte, para que se configure la causal de que se trata, no es necesario que la parte demandada haya incumplido conjuntamente los deberes de marido y padre o de esposa y madre, ni tampoco que haya omitido cumplir todos y cada uno de los deberes paternales. El incumplimiento de uno de los deberes ya en su condición de cónyuge, ora en su calidad de padre o madre, permite que se abra paso al buen suceso de la pretensión de separación.

7. Ahora, por lo que toca a los motivos de exculpación que a lo largo del proceso ha venido alegando el demandado y en cuya desestimatoria por el Tribunal apoya su apelación ha de decirse por la Corte que ninguno de ellos tienen entidad para enervar las pretensiones de la actora.

Efectivamente, a causa de las dificultades surgidas entre los esposos y que determinaron que la demandante se trasladó a Pasto con sus hijos para buscar el amparo y ayuda de sus padres, se ventilaron ante el Juzgado Segundo Promiscuo de Menores las gestiones tendientes a regular lo atinente a la "tenencia y cuidado personal de los hijos", habiéndose logrado un acuerdo conciliatorio el 25 de julio de 1977. En virtud de tal acuerdo los hijos estarían a cargo y cuidado alternativamente por cinco días en poder de cada esposo, acuerdo que según lo sostiene el demandado incumplió la demandante, pero que ésta justificó ante el mismo Juez de Menores, quien dio por establecido con prueba médica que los hijos se estaban enfermando por ese permanente cambio. *Ese acuerdo sostiene el demandado, al recibir aprobación del Juzgado, adquirió fuerza de cosa juzgada y, por tanto, no es dable discutir ahora en este proceso lo relativo a dicho incumplimiento. Sin embargo, como con toda razón lo afirma el Tribunal, a esa actuación y a ese acuerdo no se le puede asignar el mérito que el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil asigna a las decisiones judiciales de los Jueces de Menores; a lo sumo revestiría las características de una cosa juzgada formal. Mas aún, en el supuesto que la generaran, sus efectos se reflejarían en las cuestiones a que se contrajo pero*

en modo alguno en los efectos que se pretenden deducir en el proceso de separación de cuerpos, cuando en éste se invoca la causal segunda del artículo 154 del Código Civil, que, como se dijo ya, comprende la omisión grave e injustificada de todo el conjunto de los deberes de marido o padre y de esposa o madre.

Y, por lo que toca, a los efectos de la sentencia proferida también por el Juzgado Segundo de Menores de Pasto el 12 de septiembre de 1978, en la cual se exoneró al demandado de pagar alimentos a los menores, ha de observarse, de una parte, que la demanda no se refirió a la obligación de suministrar alimentos a su esposa, ni podía haberlo hecho por razones de competencia; de otra, que esa exoneración tiene carácter provisional como se previene en el mismo fallo. Justamente en la parte motiva, se dijo por el Juzgado que "se decretará la exoneración total, aunque no definitiva en favor del demandado y la cual deja a salvo el derecho de los alimentarios para exigir a su padre legítimo el suministro de alimentos congruos definitivos cuando se demuestren los presupuestos exigidos por la ley, para la prosperidad de la acción".

Por lo demás, como lo enseña la doctrina procesal, suponiendo que esa decisión generase cosa juzgada, esta sería provisional o transitoria, en cuanto el mandato en ella contenido es eficaz en la medida en que se mantengan las condiciones de hecho que legitimaron su expedición, las cuales al variar desaparecen, determinándose la posibilidad de modificar o revocar el pronunciamiento del fallo, aunque sea firme, por otra posterior por operar respecto a ellas entonces el principio del rebus sic stantibus.

8. Viene como corolario de lo expuesto que habiéndose demostrado por la actora los hechos que determinan la viabilidad de la separación con fundamento en la causal segunda del artículo 154 del Código Civil y apareciendo de manifiesto que respecto de ella no se ha operado el fenómeno de la caducidad, como bien lo precisó el Tribunal, se abre paso la separación demandada con sus pronunciamientos consecuenciales, pues, de otra parte, el demandado no estableció justificación de su incumplimiento.

9. Como, de otra parte, la causal invocada por la demandante y acogida en la sentencia objeto de revisión se basa en el hecho del abandono físico y moral del demandado, tanto de su esposa como de sus hijos menores y tal abandono constituye igualmente causal de pérdida de la patria potestad, la privación solicitada por el Procurador Delegado en lo Civil se ajusta a lo que sobre el particular establecen el artículo 315 del Código Civil, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley 1ª de 1976. Por tanto, se confirmará la sentencia objeto del recurso, con la adición que se acaba de indicar, sin que ello implique violación de lo previsto por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, ya que el principio prohibitivo de la *reformatio in pejus* no es absoluto, como lo tiene dicho la Corte.

Naturalmente, de conformidad con lo que dispone el artículo 392-3, del Código de Procedimiento Civil, las costas de segunda instancia serán de cargo del recurrente.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º CONFÍRMASE la sentencia de 29 de enero del año en curso, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

2º ADICIÓNASE la misma sentencia en el sentido de decretar la pérdida de los derechos de patria potestad del demandado respecto de los hijos Alvaro José Eliseo y María Elvia Gómez-Jurado Garzón. Lo anterior sin perjuicio del derecho a visitarlos en la forma como lo acuerden las partes.

3º Costas del recurso a cargo de la parte apelante.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

PROMESA DE COMPRAVENTA

LINDEROS. **Cuando versa sobre bienes inmuebles, éstos deben determinarse por sus linderos.**

CASACION

VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL. **Error de apreciación probatoria. Aplicación indebida en declaración oficiosa de nulidad. Preceptiva técnica de la falta de aplicación.**

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

Bogotá, D. E., 2 de agosto de 1985.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandada contra la sentencia de 9 de abril de 1984, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en este proceso ordinario instaurado por Gloria María Ceballos Angulo en frente de Luz Elvira Solarte de Baeca.

1. Antecedentes

El 21 de abril de 1978, mediante documento privado que en esa fecha suscribieron en Cali, se ajustó entre las citadas Luz Elvira Solarte de Baeca y Gloria María Ceballos Angulo, el contrato que llamaron "Promesa de Compraventa" y cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) La primera prometió enajenar a favor de la segunda, y ésta a comprar, una casa de habitación, junto con el lote de terreno sobre el cual se halla edificada, de un área de 250 metros cuadrados, en cuatro niveles, inmueble ubicado en esa ciudad, en la urbanización "Los Cristales", distinguida la casa en su puerta de entrada con el número 25-C-102 de la calle 8ª Oeste. Y aunque en dicho documento se expresó que el inmueble fue adquirido por la prometente vendedora mediante Escritura

número 4895 de 21 de diciembre de 1973, de la Notaría Primera de Cali, ... y la mejora por haberla construido con dineros de su propio peculio, "según se acredita con declaraciones que se protocolizarán con la escritura de compraventa respectiva", es lo cierto que allí no se señalaron los linderos dentro de los cuales se encuentra el bien prometido en compraventa;

b) Acordaron los convencionistas como precio del inmueble prometido enajenar la suma de $ 3.900.000.00, que la prometiente compradora se obligó a pagar así: la cantidad de $ 900.000.00 entregados en esa misma fecha, "como parte del precio o valor de la presente promesa de contrato", y que la prometiente vendedora declaró haber recibido; y el saldo, o sea la suma de $ 3.000.000.00, "a la entrega de la casa o inmueble materia de esta promesa";

c) Mediante la cláusula tercera de dicho pacto, estipularon los contratantes que la escritura pública mediante la cual perfeccionarían la compraventa por ellos prometida, "se otorgará en la Notaría Primera de esta ciudad, en las horas de la mañana del día 30 de diciembre del presente año o antes si el actual arrendatario desocupa el inmueble, pues esta circunstancia de la ocupación del inmueble por parte de un arrendatario, con quien se tiene contrato de arrendamiento, supedita la entrega del inmueble y la firma u otorgamiento de la escritura de compraventa respectiva";

d) Estipularon los pactantes que los gastos que ocasionara la escritura de compraventa, "serán cubiertos por ambos contratantes por partes iguales"; y

e) Finalmente, señalaron como cláusula penal la suma de $ 400.000.00 a cargo del contratante "que no cumpliere totalmente lo estipulado en esta promesa", suma que acordaron sería exigible "ejecutivamente sin necesidad de requerimiento ni constitución en mora, derechos éstos a los cuales renunciaron ambos contratantes en su recíproco beneficio, sin menoscabo lo anterior de la indemnización de perjuicios a que se refiere el artículo 1600 del Código Civil".

II. El litigio

1. Mediante escrito presentado el 20 de agosto de 1981, y que en repartimiento correspondió al Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali, la sobredicha Gloria María Ceballos Angulo demandó a la mentada Luz Elvira Solarte de Bacca a efecto de que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que está resuelto, por incumplimiento de las obligaciones que de él surgieron para la demanda, el contrato de promesa de compraventa ajustado entre Luz Elvira Solarte de Bacca, como prometiente vendedora y Gloria María Ceballos Angulo, como prometiente compradora, contenido en documento por ellas suscrito en Cali el 21 de abril de 1978;

b) Que, como consecuencia de la anterior declaración, se disponga que la demandada debe restituir a la demandante la suma de $ 900.000.00 que de ella recibió como parte del precio de la cosa prometida en com-

praventa, junto con el interés bancario corriente a la tasa del 18% anual, desde el 21 de abril de 1978 y hasta que se haga la restitución;

c) Que se condene igualmente a la demandada a pagar a su demandante todos los perjuicios a ésta causados con el incumplimiento del contrato cuya resolución se demanda, estimados en la suma de $ 26.000.00 mensuales y los intereses moratorios a la rata del 36% anual;

d) Que se la condene además a pagarle, desde el 30 de diciembre de 1978 y hasta el día de la solución, los intereses corrientes, de acuerdo "con la certificación de la Superintendencia Bancaria que fije dicho interés, sobre el estimativo de los perjuicios", según lo indicado por el artículo 191 del Código de Procedimiento Civil;

e) Que, también como consecuencia de las declaraciones precedentes, se condene a la demandada a pagar a la demandante la suma de $ 400.000, estipulada como "multa o pena en la cláusula cuarta de la promesa"; y

f) Finalmente, que se impongan a la demandada Solarte de Baeca todas las costas procesales.

2. En apoyo de sus pretensiones la demandante invocó, además de los que fluyen de los antecedentes relatados, los hechos que sustancialmente quedan sintetizados en las siguientes afirmaciones:

a) Que ella estuvo lista a cumplir con la obligación prometida de celebrar el contrato de compraventa, para lo cual concurrió el 30 de diciembre de 1978 a la Notaría Primera de Cali, llevando consigo "los documentos necesarios" para la elaboración y firma de la escritura correspondiente;

b) Que, en cambio, la demandada no concurrió en esa fecha a suscribir la escritura de venta, alegando que como ese día la notaría estaría cerrada se hizo presente allí el día anterior, o sea el 29 de diciembre, fecha en que ordenó la elaboración de la minuta respectiva;

c) Que el incumplimiento de la demandada ha ocasionado a la demandante "numerosos y graves perjuicios", los que continúa sufriendo, por lo que está obligada a indemnizarlos según lo preceptúa el artículo 1878 del Código Civil; y

d) Que, como la promesa estipulada es contrato bilateral, en ella, según lo dispone el artículo 1546 del Código Civil, va envuelta la condición resolutoria ante el incumplimiento de la demandada, por lo que la demandante puede pedir, pues ha optado por esta acción, la resolución del pacto con indemnización de perjuicios.

3. En su oportuna contestación a la demanda la demandada se opuso a todas las pretensiones deducidas en ésta.

Y en cuanto a los hechos, salvo los referentes a la celebración de la promesa de compraventa y sus cláusulas, los cuales sí aceptó como ciertos, negó los demás. Afirmó que si bien es cierto no concurrió a la cita el 30 de diciembre de 1978, ello obedeció a que ese día, por ser sábado, la Notaría Primera de Cali no trabajó debido a reglamentación de la Superintendencia de Notariado y Registro; que por esa circunstancia resolvió, previa llamada por teléfono a su demandante, presentarse a la Notaría

el día anterior, es decir el 29 de diciembre, "con los documentos de rigor para suscribir el instrumento público, como lo demuestro con el respectivo certificado notarial"; que si no compareció el 30, eso se debió a un "caso fortuito, no conocido por los contratantes"; y que como la demandante en su libelo pretende "no sólo la pena sino la indemnización de perjuicios e intereses", con lo cual contraría la prohibición contenida en el artículo 1600 del Código Civil, agrega en su demanda pretensiones que no es posible acumular.

Fundándolas cardinalmente en tales afirmaciones de hecho, en esa misma oportunidad la demandada propuso, como de mérito, las excepciones que denominó "caso fortuito o carencia de derecho", "petición antes de tiempo o de modo indebido" y "acumulación indebida de pretensiones".

4. Replicada en tales términos la demanda, con la práctica de las pruebas pedidas por ambas partes y de las que oficiosamente decretó el juez de la causa se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 27 de junio de 1983, mediante la cual, al estimar que el contrato de promesa pactado es absolutamente nulo por falta de alguno de los requisitos exigidos legalmente para su eficacia jurídica, resolvió el litigio así:

a) Declaró que el referido contrato de promesa de compraventa ajustado en Cali el 21 de abril de 1978, entre Luz Elvira Solarte de Baeca, como prometiente vendedora, y Gloria María Ceballos Angulo, como prometiente compradora, "no produce obligación alguna";

b) Dispuso, como consecuencia, que la demandada Solarte de Baeca restituya a la demandante Ceballos Angulo, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del fallo, la suma de $ 900.000.00, junto con sus intereses legales, restitución que debe hacerse, dijo, "teniendo en cuenta su poder adquisitivo", para lo cual ordenó liquidar su monto por el procedimiento indicado por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil; y

c) Finalmente, condenó a la demandada al pago del 50% de las costas procesales.

5. Como efecto de la apelación interpuesta por la demandada contra dicha sentencia, recurso al cual adhirió la demandante, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el que, en su fallo de 9 de abril de 1984, confirmó todas las resoluciones contenidas en el apelado. A pesar de haberlo mantenido, el *ad quem* no hizo condenación en las costas causadas en la segunda instancia.

III. Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Después de referirse a los antecedentes del litigio y al desarrollo del proceso, en el proemio de las consideraciones de su sentencia el Tribunal de Cali alude al contrato que encuentra vertido en el documento suscrito por los querellantes el 21 de abril de 1978. Dice que se trata de una promesa de compraventa, la que debe estudiar delanteramente para deducir si es jurídicamente eficaz o no.

Y luego de transcribir el texto del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, con citas doctrinarias y jurisprudenciales afirma que la promesa de contrato es acto jurídico solemne; que su finalidad peculiar es asegurar la celebración de un contrato posterior, cuando los interesados no quieren o no pueden realizarlo de presente; y que sólo produce obligaciones cuando cumple a plenitud los requisitos previstos por la norma legal en cita, de los cuales destaca el indicado por el numeral 3º de esa disposición, o sea el atinente a que la promesa "contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato".

2. Asentados por él los anteriores postulados, el sentenciador de segundo grado acomete el análisis de la promesa de compraventa que aquí adujo la parte demandante como fuente de las declaraciones que persigue.

Y luego de parangonarla con el precitado artículo 89 de la Ley 153, singularmente su cláusula tercera, concluye el *ad quem* en que "ella no se atemperó a las exigencias de la ley y específicamente en referencia a la del numeral 3º". Explanando su cardinal conclusión, después de transcribir la parte pertinente de la promesa, dice el *ad quem*: "No ofrece duda alguna el que en la primera parte de la cláusula transcrita se fijó un plazo expreso que señaló —en principio— la época para la celebración del contrato prometido, al decir que 'la escritura de compraventa respectiva se otorgará en la Notaría Primera de esta ciudad en las horas de la mañana del día 30 de diciembre del presente año'.

"Pero si tal es así —agrega la sentencia—, no lo es menos que a continuación dejaron sin efecto tal señalamiento, cuando crearon a través de la disyuntiva 'o' y del adverbio de tiempo 'antes', una situación indefinida en cuanto a la época en que debía celebrarse la compraventa. Y no sólo consignaron tal *incertidumbre* sino que además —y por si ello fuese poco—, dejaron al arbitrio o voluntad de un tercero la celebración del contrato de venta, al expresar que la desocupación del inmueble por parte del arrendatario *impedía* la entrega del inmueble y *la firma u otorgamiento de la escritura de compraventa respectiva*".

Reiterando su criterio al punto, afirma el Tribunal de Cali que sin duda se estableció "una situación indefinida respecto de la época en que debía celebrarse el contrato, porque la condición impuesta es igualmente indefinida", y cuando "la condición o el plazo son *indeterminados* o *indefinidos*, como en el evento que se examina, la celebración del contrato prometido participa de esa misma indeterminación...".

3. Conclusión de su estudio es pues, para el Tribunal de Cali, la de que en una promesa de contrato en la que hay ausencia de uno de los requisitos para ella exigidos por la ley, "nada hay con relieve jurídico, siendo, entonces, sustancialmente inepta como causa para pedir".

Observa, a renglón seguido, que los actos y declaraciones de voluntad "que carezcan de alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, quedan afectados de nulidad absoluta como lo dice el artículo 1741 del Código Civil", nulidad que puede y debe ser declarada oficiosamente por el juez, "según la facultad que le confiere el artículo 2º de la Ley 50 de 1936".

4. Dice, finalmente, que como en el presente caso dicha promesa fue invocada como fuente de derechos, que la nulidad aparece de manifiesto en dicho acto, y que como al pleito han concurrido, como partes, las personas que la celebraron, se impone declarar su nulidad absoluta; y, como consecuencia, con aplicación del artículo 1746 *ibidem* ordenar, tal cual lo hizo el juzgador *a quo*, "la restauración de las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato".

IV. El recurso extraordinario

Como ya se ha dicho, contra la sentencia de segundo grado interpuso casación la demandada. En la respectiva demanda la recurrente formula contra dicho fallo dos cargos, ambos dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y que la Corte procede a estudiarlos y despacharlos en conjunto, puesto que ambas censuras vienen edificadas sobre fundamentos sustancialmente semejantes.

Cargo primero.

1. Mediante éste se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, por inaplicación, el artículo 1609 del Código Civil, a causa del error de hecho evidente en que habría incurrido el Tribunal al interpretar la cláusula tercera del documento contentivo de la promesa de compraventa.

Después de tal enunciado, reiterando el planteamiento del cargo dice la casacionista: "Con fundamento en la primera causal de casación contenida en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil Colombiano, acuso la sentencia pronunciada..., por falta de aplicación del artículo 1609 del Código Civil Colombiano, como consecuencia de haber incurrido el Tribunal en errores evidentes de hecho en la apreciación de las pruebas que determinaré en este cargo".

2. Inicia la recurrente el desenvolvimiento de esta censura precisando las disposiciones de la sentencia impugnada y las motivaciones en que ellas se fundaron; y dice, concretando el yerro de facto que denuncia, que "Basta observar la cláusula original (alude a la tercera de la promesa), para ver que allí no habla *del* arrendatario, sino *de un*, pues la intención del redactor fue la de darle a esta parte de la redacción una frase explicativa de carácter genérico, sin hacer referencia específica al arrendatario de su mismo bien; por tal razón, no hizo alusión directa al arrendatario que ocupaba el inmueble y menos determinó el bien".

Dice la impugnante que aquí se encuentra el primer eslabón de la cadena de yerros en la interpretación del contenido y alcance de la cláusula tercera del documento base de la acción instaurada, porque el sentenciador olvidó que, según lo ordena el artículo 1623 del Código Civil, cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, "*no* se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda"; que al continuar su razonamiento tampoco tuvo en cuenta el sentenciador que, según el artículo 1620 *ejusdem*, precisamente para

evitar la posibilidad de acomodaticias fórmulas de interpretación, manda que el sentido en que "una cláusula puede producir algún efecto, deberá proferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno"; que "El contrato en estudio *nunca* estableció 'determinantemente' algún acontecimiento futuro. Dio con exactitud una fecha, o sea, el día 30 de diciembre de 1978 para perfeccionar el contrato y habló de poderlo efectuar 'o' dentro de un período fijo".

Añade la censura que con la interpretación que el Tribunal dio a la ameritada cláusula del contrato, "también se desconoció la *clara intención* de los contratantes que respeta la propia ley a través de la norma o artículo 1610 (sic) del Código Civil Colombiano cuando ordena: "... *conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella* más que a lo literal de las palabras"; que con esa interpretación también se infringió el artículo 1561 *ibidem*, norma que sólo permite interpretar el plazo "concebido en términos vagos u oscuros, *sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes*".

3. Avanzando en el desarrollo del cargo, dice la demanda de casación que el Tribunal de Cali, tanto en las resoluciones de su sentencia como en sus motivaciones, incurrió en manifiesto error de hecho al confirmar el fallo de primer grado, pues tanto en ésta como en aquélla se cambia "el sentido genérico textual del contrato que obra como prueba principal: 'de un' por el 'del' al referirse al arrendamiento..."; y que ese yerro "es tan protuberante que parte del análisis de la prueba fundamental (contrato de promesa de compraventa en litis) sin respetar la fidelidad contenida en ella, la altera y cambia su contenido real...".

Y a manera de conclusión de su crítica, dice la casacionista: "Por todo lo anterior, se desprende nítidamente cómo la norma sustancial, en este caso el artículo 1609 del Código Civil Colombiano, fue inaplicado por manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba incurriendo, por ello, en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil Colombiano".

Cargo segundo.

1. En su enunciado también se acusa violación indirecta, por inaplicación, del mismo artículo 1609 del Código Civil, pero aquí como consecuencia de error de derecho en la interpretación de la misma cláusula del contrato.

El planteamiento de este cargo es del siguiente tenor: "...acuso la sentencia proferida por el Tribunal..., por quebrantamiento indirecto de la norma sustancial, debido a falta de aplicación de la norma rezada bajo el artículo 1609 del Código Civil Colombiano, como consecuencia de haber incurrido ese Tribunal en errores evidentes de derecho en la apreciación de la prueba que detallaré en este cargo".

2. Concretando el yerro de *jure* que le endilga a la sentencia que combate, dice que él consiste en haber valorado "equivocada y erróneamente en pugna con lo que el derecho objetivo prescribe", el contrato de promesa de compraventa ajustado el 21 de abril de 1978 entre las partes de este proceso.

Añade que dicho contrato "fue directamente analizado sin entrar a más consideraciones, en su redacción, en la cláusula tercera, en la cual el Tribunal al confirmar en todas y cada una de sus partes la sentencia de primera instancia, comienza por cambiar el sentido genérico dado a la segunda parte de su redacción considerando el término 'del' en lugar del textual 'de un' al referirse al arrendatario que ocupa un inmueble prometido en venta.

Expresa la impugnación que aquí comenzó la cascada de yerros, pues que con tal hermenéutica el *ad quem* olvidó que según el artículo 1623 del Código Civil, cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación "no se entenderá por sólo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extiende"; que en dicho razonamiento tampoco tuvo en cuenta el sentenciador que, según el artículo 1620 *ibídem*, para evitar la posibilidad de interpretaciones acomodaticias se establece que el sentido de una cláusula que pueda producir algún efecto, debe preferirse al que sea incapaz de producir alguno.

3. Avanzando en el desenvolvimiento de la impugnación, luego de innecesaria y tediosa transcripción de los razonamientos que dio el sentenciador *ad quem* para fundar su resolución anulatoria, repite la casacionista que el Tribunal "no examinó el término textual del documento que le da carácter explicativo y genérico a la redacción al utilizar las palabras 'de un' y aplicó al igual que el *a quo* el término 'del' que gira totalmente el mensaje del último aparte de la cláusula"; que al malinterpretar la referida estipulación el Tribunal "incurrió en error de derecho".

Agrega que "al evaluar equivocadamente" tal cláusula, a más de infringir los artículos 1620 y 1623 ya referidos, el Tribunal quebrantó también el 1610 *ejusdem*, porque, dice la censura, se desconoció la intención de los contratantes claramente manifestada en el pacto; se desconoció además el mandato del artículo 1551 *ibídem*, según el cual no puede darse interpretación a un término cuando sobre su inteligencia y aplicación no discrepan los contratantes.

V. Consideraciones de la Corte

1ª *El error de apreciación probatoria, ora sea el de hecho o ya el de derecho, sólo tiene virtualidad para combatir con éxito una sentencia en casación cuando ha sido la determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a derecho. Es pues indispensable que el error influya de manera directa en lo dispositivo de la sentencia, o que haya una relación causal entre éste y aquél, pues de no serlo resultaría inocuo y por lo mismo ningún fin práctico perseguirá el recurrente al denunciarlo, ni efecto alguno produciría su reconocimiento en casación.*

Así lo pregona el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, al exigirle al recurrente que en su demanda de casación determine la clase de error que denuncia, si de hecho o de derecho, y en ambos casos que demuestre "su influencia en la violación de norma sustancial".

Lo cual viene a significar, en últimas, que las equivocaciones del juez al apreciar las pruebas sólo fundan el recurso de casación cuando son influyentes o decisivas en la resolución que tome en el fallo; o dicho con criterio tautológico, cuando esos errores son tan preponderantes que repercuten en la decisión, a tal punto que sin ellos habría fallado el pleito en sentido contrario. Es pues intrascendente, y por ende, no autoriza casar la sentencia impugnada, el yerro de apreciación probatoria que, a pesar de existir, no conduce a fallar el caso litigado en forma distinta a la determinada por la ley.

2ª Que es, precisamente, lo que ocurre con el caso que aquí se analiza; pues aun en el evento de que los yerros denunciados existieran, ora el de hecho que se acusa en el primer cargo o ya el de derecho a que se contrae el segundo, la sentencia no podría tener resolución distinta de la que se le dio, desde luego que *como en el contrato ajustado como promesa de compraventa no se dieron los linderos del inmueble objeto de ella, el bien quedó indeterminado y por ello la promesa no produce obligación alguna.*

Dice en efecto el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 que la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las siguientes circunstancias: "1º... 2º... 3º... 4º. Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales".

En frente de lo preceptuado por la regla 4ª del precitado artículo 89 de esa Ley 153, la doctrina y la jurisprudencia han interpretado siempre esa disposición legal en el sentido de que, cuando la promesa versa sobre contrato de enajenación de un inmueble, como cuerpo cierto, éste se debe determinar o especificar en ella por los linderos que lo distinguen de cualquiera otro.

La razón de esta doctrina jurisprudencial, que otrora se hacía estribar en el contenido del artículo 2594 del Código Civil, se encuentra hoy en las ordenaciones del Decreto 960 de 1970, según las cuales los inmuebles que sean objeto de enajenación "se identificarán... por su nomenclatura, por el paraje o localidad donde están ubicados y por sus linderos" (Art. 37). Y es que tratándose de inmuebles no es admisible otra manera o forma de determinarlos legalmente.

3ª Pero aun haciendo abstracción del precedente razonamiento, la Corte no podría casar la sentencia combatida, pues la censura, ora se consideren los cargos aisladamente o ya en conjunto, resulta ostensiblemente incompleta.

En efecto. Como se ha dejado visto por el extracto que de él se hizo, en su fallo el Tribunal de Cali, apoyándose jurídicamente en lo preceptuado por los artículos 1740, 1741 y 1746 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936, declaró la nulidad absoluta de la promesa de compraventa y ordenó que las cosas se restablecieran al estado anterior en que se encontrarían las partes si ese acto no se hubiera celebrado, para lo cual dispuso que la demandada devolviera a la demandante la suma de $ 900.000.00, junto con sus intereses legales, que de ella recibió como parte del precio la cosa prometida en compraventa.

Tratándose de procesos en que el demandante pretende la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento de su contraparte, como acontece en el presente caso, si la sentencia del Tribunal deniega esa pretensión y en cambio anula el acto jurídico que se cita como fuente de las obligaciones, el impugnante de ella en casación tiene el ineludible deber de denunciar como quebrantados, por aplicación indebida, los textos sustanciales que regulan la nulidad y la reivindicación; a más del quebranto de los textos legales regulativos de la acción resolutoria.

4ª Como la demanda de casación que aquí se analiza, en los dos cargos que ella deduce, se limita a acusar inaplicación del artículo 1609 del Código Civil, que consagra la exceptio non adimpleti contractus, *pero omite impugnar las normas sustanciales que la sentencia aplicó y que constituyen el fundamento cardinal de lo decidido en ella; y como, de otra parte, a la Corte no le es dado considerar oficiosamente violaciones no denunciadas por el recurrente, por impedírselo el carácter eminentemente extraordinario de la casación, la legalidad de la sentencia queda en pie, porque la aplicación que de las normas de la nulidad de los actos jurídicos hecho en la sentencia combatida continúa amparada por la presunción de acierto.*

Y si no se infirma o desvirtúa previamente la declaratoria de nulidad de la promesa de compraventa y el decreto de restituciones recíprocas, ilógico resultaría que dejando incólumes esas decisiones se resolviese, a la vez, denegar la pretensión resolutoria que la demandada deduce por el reconocimiento de la excepción de contrato no cumplido pertinentemente.

5ª Respetada pues la decisión anulatoria del contrato de promesa de compraventa, decisión que es intangible en casación por ausencia total de ataque, tiene que seguirse que no puede aplicarse el precitado artículo 1609 del Código Civil, como lo pretende la recurrente.

Es preciso recordarle, al efecto, que *la trasgresión de la ley en la especie de falta de aplicación requiere, como presupuesto indispensable, que sí debía haberse aplicado esa disposición en el fallo. Lo cual significa, por fuerza de la lógica, que si por una u otra razón no corresponde hacer actuar determinado precepto en el caso controvertido, que por ello mismo no se aplicó en la sentencia, la acusación de ésta por inaplicación de ese específico texto legal resulta palmar y lógicamente improcedente.*

Si la situación fáctica reconocida en la sentencia fue la de una promesa de compraventa jurídicamente inválida o ineficaz, la que, se repite, la recurrente no impugna, no corresponde aplicar a ella el artículo 1609, anteseitado, pues tal norma, que consagra la excepción de contrato no cumplido, supone para su recta aplicación la existencia de un contrato válido.

6ª Corolario obligado de lo atrás discurrido es, entonces, el de que ninguno de los dos cargos que se han formulado contra la sentencia del Tribunal de Cali está llamado a prosperar, tal cual lo habrá de declarar la Corte en la parte resolutiva de esta sentencia.

VI. Decisión

Habida cuenta de las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de fecha nueve de abril de mil novecientos ochenta y cuatro, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Las costas del recurso a cargo de la recurrente.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

CONTRATO DE SEGUROS

SUBROGACION LEGAL, del asegurador que efectúa un pago: requisitos y suma o monto que limita el derecho del asegurador.

CONTRATO DE TRANSPORTE

Fuerza mayor como causal exonerativa. Interpretación de las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

Bogotá, D. E., 6 de agosto de 1986.

Actuando en sede de instancia, procede hoy la Corte a decidir el recurso de apelación interpuesto por la codemandada Corporación Nacional de Transportes Limitada "Conaltra", contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá, dentro de este proceso que le promoviera la Compañía Aseguradora Colseguros S. A.

ANTECEDENTES

I. Mediante demanda que en repartimiento del 24 de agosto de 1975 correspondió al Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá, la sociedad demandante solicitó que con audiencia de la Corporación Nacional de Transportes Limitada "Conaltra", Vicente Moya Jutínico y Nicanor Rivera, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que la Corporación Nacional de Transportes Limitada, "Conaltra" es civilmente responsable con responsabilidad civil contractual y extracontractual de la pérdida de ciento quince (115) bultos de café excelso tipo exportación, solidariamente con los señores Vicente Moya Jutínico y Nicanor Rivera, que debían haber sido transportados desde Pereira hasta Buenaventura;

b) Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a los demandados a pagarle la suma de setecientos trece mil pesos ($ 713.000.00) o el valor de los 115 bultos de café que resultare del avalúo pericial;

c) Que igualmente se les condene solidariamente a pagarle el valor de los intereses comerciales corrientes de esa suma desde cuando ella efectuó el pago hasta que los demandados cancelen la obligación;

d) Finalmente, que se les condene al pago de las costas.

II. Los hechos constitutivos de la *causa petendi*, se compendian así:

1º Gonchemol Limitada contrató con la Corporación Nacional de Transportes Limitada, Conaltra, el acarreo de Pereira a Buenaventura de varios bultos de café excelso tipo exportación, de los cuales 115 bultos no llegaron a la ciudad de destino.

2º Los referidos bultos fueron cargados al camión Dodge, color verde, de placas números WR0882, afiliado a Transgranada, según la orden de cargue expedida por Conaltra en Pereira el 5 de octubre de 1977; camión de propiedad de los señores Vicente Maya Jutínico y Nicanor Rivera y era conducido por Tiberio Carmona Cardona.

3º La Dirección General de Aduanas expidió la guía de tránsito número 08586 y Gonchemol Limitada tenía amparada la mercancía con Aseguradora Colseguros S. A., de conformidad con la póliza de transportes número 42745.

4º Ante la falta de llegada de la mercancía, la compañía aseguradora canceló a Gonchemol Limitada la suma de setecientos trece mil pesos "de conformidad con la orden de pago número 111468 que en copia al carbón acompaño y con la cual se prueba el pago".

5º Gonchemol Limitada "cedió y endosó" a la demandante "todos los derechos y acciones que tengan para recuperar el valor pagado, de conformidad con el documento adjunto, el cual por ser adición de la póliza de transportes goza de la presunción de autenticidad de las firmas", de acuerdo con el artículo 1052 del Código de Comercio.

6º Los directamente responsables de la falta de entrega de la mercancía son los demandados y por tanto deben restituir el valor de las sumas por las cuales se les demanda.

III. En su oportuna contestación, la empresa transportadora se opuso a las pretensiones de la demandante y en cuanto a los hechos, admitió como ciertos haber celebrado varios contratos de transporte con la firma Gonchemol Limitada y que la orden de cargue o carta de porte acompañada a la demanda sí fue expedida por ella; así mismo aceptó que la empresa remitente de los bultos de café los tenía asegurados de conformidad con el documento presentado como anexo a la demanda. En cuanto a los demás hechos se limitó a solicitar que se probasen.

En el mismo escrito de réplica, el mandatario de la compañía transportadora alegó como excepciones de mérito:

1ª Fuerza mayor o caso fortuito, basada ésta en el hecho de que el "supuesto incumplimiento reviste la naturaleza de extraordinario, imprevisto e irresistible, según el hecho notorio de la inseguridad que reina en las carreteras del país y la imposibilidad así mismo conocida, de poder contar con la fuerza pública para estos menesteres".

2ª Incumplimiento de las obligaciones del remitente (Gonchemol Limitada), por cuanto no suministró el precio o valor exacto de la carga transportada, tal como lo exige perentoriamente el artículo 1010 del Código de Comercio y la propia orden de cargue. De lo cual resulta que "el remitente debe indemnizarle al transportador los perjuicios derivados de haberle impedido tomar otras precauciones, como era justamente el aseguramiento de la mercancía contra ciertos riesgos"; y

3ª Improcedencia del pago de sumas o conceptos distintos al importe de la suma pagada por la aseguradora.

Los demandados Vicente Moya y Nicanor Rivera también contestaron la demanda manifestando que no les consta ninguno de los hechos; que ellos, desde el 16 de abril de 1975, habían vendido a Eudoro Acuña Rubio el vehículo de que se habla en la demanda, razón por la cual el libelo se debió dirigir contra su actual dueño, argumentación ésta que les sirve de fundamento para alegar falta de Legitimación pasiva en lo que a ellos concierne.

IV. Agotada la tramitación correspondiente a la primera instancia, mediante sentencia de 30 de noviembre de 1981, el Juzgado le puso término y en ella, al tiempo que acogió las súplicas de la demanda respecto de la Corporación Nacional de Transportes Limitada, "Conaltra", absolvió a los demandados Vicente Moya Jutínico y Nicanor Rivera y desestimó las excepciones propuestas.

V. Evacuadas las pruebas que de oficio decretó la Corte, es oportuno decidir acerca del mérito del recurso.

Consideraciones de la Corte:

I. Con arreglo a los fundamentos de hecho y derecho consignados en la demanda que dio origen a este proceso, la Compañía Aseguradora Colseguros S. A. accionó frente a la empresa transportadora Corporación Nacional de Transportes Limitada, "Conaltra" y contra Vicente Moya y Nicanor Rivera con la pretensión de hacer efectivo el derecho que como subrogatoria le reconoce el artículo 1096 del Código de Comercio.

Según lo expresa la demandante, Gonchemol Limitada, empresa dedicada a la compra, venta y exportación de café, contrató con la Corporación Nacional de Transportes Limitada, "Conaltra" el acarreo de 545 bultos de café excelso tipo exportación desde la ciudad de Pereira al puerto de Buenaventura. Con aplicación a la póliza automática de transporte número 42748-3 la Compañía Aseguradora Colseguros S. A. expidió el certificado de seguro número 163687, para amparar dicho cargamento por pérdida total, falta de entrega, avería particular, saqueo y "skiming". Como de

ese despacho no llegasen al puerto de destino 115 bultos, ante el reclamo que le hiciera la remitente, la compañía aseguradora le canceló el 29 de marzo de 1978 la suma de $ 713.000 00, como valor de la indemnización por pérdida.

2. Antes de examinar las condiciones de éxito de las pretensiones de la demandante, es necesario definir dos aspectos, uno planteado por la empresa transportadora en el sentido de que no se da el presupuesto procesal de la demanda en forma, por cuanto la que dio origen al proceso adolece de imprecisión y le falta claridad al invocar dos fuentes de responsabilidad simultáneamente: la contractual y la extracontractual; el otro, la legitimación de los codemandados Vicente Moya y Nicanor Rivera, pues en tanto estos alegaron carencia de legitimación para controvertir las pretensiones de la actora, ésta y la empresa transportadora insisten en que son aquéllos los llamados a responder.

En efecto la demandante al concretar sus pretensiones solicitó al Juzgado declarase que la Corporación Nacional de Transportes Limitada, "Conaltra" "es civilmente responsable con responsabilidad civil contractual y extracontractual de la pérdida de ciento quince (115) bultos de café excelso tipo exportación, solidariamente con los señores Vicente Moya Jutínico y Nicanor Rivera, que debían haber sido transportados desde Pereira hasta Buenaventura". A la primera la demandó con fundamento en el incumplimiento del contrato de transporte celebrado con la tomadora del seguro y a los segundos en virtud de la solidaridad que como dueños del vehículo en que se debía efectuar el acarreo de la mercancía les impone el artículo 991 del Código de Comercio.

Por lo que hace relación a la demanda en forma, ciertamente a la presentada por la actora le falta mayor precisión y claridad en cuanto al fundamento de la responsabilidad que, en forma acumulada, dedujo frente a los demandados, pero tales deficiencias no son de entidad tal que puedan considerarse como un obstáculo procesal que impida una decisión de fondo. Examinada en su conjunto, la demanda no deja la menor duda que el fundamento de las pretensiones radica en la supuesta culpa que a los demandados incumbe en la ocurrencia del siniestro, pues por ministerio de la ley, la compañía aseguradora ocupa el mismo lugar que corresponde a quien contrató la conducción del cargamento y como tal se halla legitimada para demandar no sólo a quien contrató (responsabilidad por incumplimiento del contrato), sino también a quienes por mandato del artículo 991 del Código de Comercio están llamados a responder por fuera de los términos del contrato. Esto porque, como lo ha sostenido la Corte en forma reiterada, *cuando la demanda "adolece de cierta vaguedad en la relación de los hechos o en la forma como quedaron concebidas las súplicas, le corresponde al fallador desentrañar la pretensión o pretensiones contenidas en el libelo, en procura de no sacrificar el derecho, puesto que no es aceptable en el campo de la hermenéutica de la demanda, que la torpe expresión de las ideas pueda ser motivo valedero para subestimar el derecho reclamado, 'cuando éste alcanza a percibirse en la intención y en la exposición de ideas del demandante'"* (G. J., *XLVIII, Pág. 483*).

Y, en lo que concierne a la legitimación pasiva de los codemandados Vicente Moya Jutínico y Nicanor Rivera, quienes han sostenido que, como

desde el 16 de abril de 1975, habían vendido a Eudoro Acuña el vehículo Dodge de placas WR 0882, como consta en el contrato de venta y la certificación de la Oficina de Transportes y Tránsito de Calarcá, ellos no son los llamados a responder, y en cuya responsabilidad solidaria insiste la recurrente, es del caso observar:

a) Que el Juez *a quo*, por haber encontrado demostrado con el documento que contiene el contrato de venta y el testimonio del conductor que al momento de la contratación del transporte y posterior pérdida de la mercancía, quien tenía la posesión y explotaba el automotor era Eudoro Acuña y no los demandados, absolvió a éstos; y

b) Que como la solidaridad que el artículo 991 del Código de Comercio impone al propietario del vehículo, quien lo afilia y la empresa transportadora se halla establecida en favor del acreedor y no de alguno de los deudores en particular, al no haber apelado la demandante la resolución absolutoria de los codemandados, a la compañía recurrente no le asiste interés para insistir ahora, a través de la alzada, que se vuelva sobre este aspecto de la legitimación y, naturalmente, tampoco para solicitar que la condena se extienda a quienes fueron absueltos por el fallador de primer grado.

3. Precisado en los anteriores términos, que en el caso *sub judice* se dan las condiciones necesarias para la existencia jurídica y validez formal del proceso y, de otra parte que de conformidad con las pruebas aportadas, también concurren la legitimación y el interés en ambas partes, se impone, entonces, el análisis de comprobación de los supuestos de prosperidad de la pretensión subrogatoria hecha valer por la compañía aseguradora y que consagra el artículo 1096 del Código de Comercio al decir que el asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro.

En virtud de la subrogación legal que este texto consagra, el asegurador que ha indemnizado el siniestro ocupa, ipso jure, *el lugar del asegurado frente al tercero responsable de la pérdida asegurada. Si así no fuera, como lo ha destacado la doctrina, se propiciarían situaciones enteramente incompatibles con el orden jurídico, a saber:*

a) El asegurado, además de la indemnización a que le da derecho el contrato de seguro, obtendría la que tiene su fuente en el acto ilícito del tercero responsable; y,

b) Este, por la sola existencia del contrato de seguro, a cuya gestación y perfeccionamiento ha sido totalmente ajeno, quedaría exento de las sanciones civiles a que da nacimiento el hecho ilícito; situaciones éstas que a más de repugnar a la doctrina del enriquecimiento sin causa, pecarían, la primera contra el carácter indemnizatorio del seguro y al principio de la relatividad de los efectos del contrato, la segunda.

Aun cuando del texto del referido artículo 1096 pareciera deducirse que el único requisito exigido para el ejercicio de la acción subrogatoria fuera el de que el asegurador hubiere efectuado un pago, es lo cierto que

la doctrina, teniendo en cuenta la noción misma que de subrogación da el artículo 1666 del Código Civil, ha señalado los siguientes:

a) Existencia de un contrato de seguro;

b) Un pago válido en virtud del referido contrato;

c) Que el daño producido por el tercero sea de los cubiertos o amparados por la póliza; y

d) Que una vez ocurrido el siniestro surja para el asegurado una acción contra el responsable.

4. En este orden de ideas, al analizar el abundante acervo probatorio incorporado al plenario con miras a establecer los supuestos enunciados, se tiene lo siguiente:

A efecto de acreditar la existencia y celebración del contrato de transporte entre Conchemol Limitada y la Corporación Nacional de Transportes Limitada, la actora presentó con la demanda la orden de cargue expedida en Pereira el 5 de octubre de 1977 por Conchemol Limitada a Tiberio Carmona Cardona, conductor del vehículo Dodge modelo 1975, de placas WR 08-82, afiliado a Transportes Granada, para que transportara desde Pereira a Buenaventura 115 bultos de café excelso tipo exportación. Fotocopia de la Guía de Tránsito número 03586, expedida por la Dirección General de Aduanas en la misma fecha, por la cual se autorizó a Conaltra Limitada para que, por el conductor y vehículo indicados en la orden de cargue, cubra la ruta Pereira-Buenaventura con un cargamento de café por cuenta de Conchemol Limitada (Fls. 6, 7, 61 y 62 C. P. C.). Además, en la contestación de la demanda y luego a través de su gerente, admitió la empresa transportadora que ciertamente había expedido la orden de cargue y, por tanto, pudo haber existido el contrato de transporte a que se refiere la demanda.

Igualmente se incorporó al proceso copia de la denuncia número 1172, formulada el 8 de octubre siguiente por Guillermo Valencia ante la Unidad Operativa de Pereira, en la cual da cuenta del extravío del cargamento de café de propiedad de Conchemol Limitada y cómo fue hallado el conductor Tiberio Carmona Cardona, según los informes de la Policía. De las diligencias subsiguientes adelantadas por las autoridades de Pereira, entre ellas la declaración del conductor Carmona Cardona, también se trajeron fotocopias, de las cuales resulta que posteriormente apareció el camión pero no el cargamento de café del cual según versión del conductor, se apoderaron tres hombres armados, quienes asaltaron el vehículo (Fls. 11,89 a 147 *ibidem*).

De otra parte, con el fin de establecer el amparo y el pago del valor del cargamento de café efectuado por la compañía aseguradora a Conchemol Limitada, se trajo al proceso la póliza de transportes número 42748-3, expedida el 15 de junio de 1976 por Aseguradora Coseguros S. A. a favor de Conchemol Limitada para amparar de manera automática el transporte de café tipo exportación para cubrir los riesgos de pérdida total, falta de entrega, avería particular, saqueo y skirring; lo mismo que el certificado de seguro de transporte número 163687 con aplicación a la póliza número 42748-3, expedida para amparar el acarreo de un total de 645 bultos de café por el trayecto Pereira-Buenaventura (Fls. 16 C. P. y

1 C. Pruebas de la Corte). Además, copia de la orden de pago y liquidación del siniestro por $ 713.000.00 a favor de Gonchemol Limitada por no arribo a Buenaventura de 115 bultos de café, documentos éstos reconocidos por el subgerente de Gonchemol quien, además, explicó que la reclamación la hizo por conducto del Corredor Gaviria y Herrera y el pago le fue hecho en cheque número 550305 por la mencionada suma. Y, finalmente, nota de cesión y endoso de Gonchemol Limitada a la Compañía Aseguradora Colseguros S. A. "para reclamar su valor a terceros posibles responsables" (Fls. 8 y 9 C. P.).

5. Con arreglo a los elementos de prueba relacionados, no existe la menor duda en el sentido de que la parte demandante cumplió con la carga procesal que tenía de establecer los supuestos de hecho en que apoyó sus pretensiones. Se probó que la empresa transportadora contrató el acarreo del café, el cual encomendó al conductor del vehículo de propiedad de los codemandados Vicente Moya y Nicanor Rivera y que en virtud del asalto de que fue víctima, la mercancía no llegó a su destino, de donde resulta obvio el incumplimiento y, por tanto, surgieron para la dueña del cargamento de café los derechos que el Código de Comercio establece en su artículo 1024 inc. final y 1031 que en lo pertinente prescribe: el primero que "si se reconociere por el transportador que la mercancía ha sufrido extravío o si a la expiración de un plazo de siete días a partir del en que haya debido llegar, la mercancía no hubiere llegado, el destinatario queda autorizado a hacer valer con relación al transportador los derechos resultantes del contrato de transporte". Y el artículo 1031, a su turno, establece que "en caso de pérdida de la cosa transportada, la indemnización a cargo del transportador se sujetará a las siguientes reglas:

1ª Cuando se trate de cosas destinadas a la venta, el transportador pagará el precio de costo de la mercancía puesta en el lugar y fecha previstos para la entrega, más un veinticinco por ciento de dicho precio por lucro cesante.

2ª En los demás casos, el transportador pagará la indemnización que se fije por peritos".

Se demostró, así mismo, con la póliza y el certificado de amparo la vigencia del contrato y que, ante la reclamación por pérdida formulada por la asegurada, la compañía demandante le pagó el valor de la indemnización a que contractualmente se había obligado.

Viene como conclusión de lo expuesto que en el caso concurren todas las condiciones de éxito de la pretensión que en favor de la aseguradora establece el artículo 1096 del Código de Comercio, lo cual, desde luego, impone la obligación de examinar las excepciones propuestas por la parte demandada, pues, según lo previene la misma disposición, podrán oponerse al asegurador las mismas excepciones que se pudieran hacer valer contra el damnificado.

6. La empresa transportadora, en apoyo de su defensa alegó como excepción de mérito la fuerza mayor o caso fortuito diciendo que el presunto incumplimiento en la entrega del cargamento de café se debió a la inseguridad reinante en las carreteras nacionales y los frecuentes asaltos a los vehículos que transportan mercancías de un sitio a otro del país,

que fue precisamente lo que le ocurrió al camión de placas WR 08-82 que operaba Tiberio Carmona Cardona al salir de Pereira con destino a Buenaventura.

Con todas las dudas que resultan acerca de la forma como ocurrió el asalto, según la versión del conductor y dando por demostrado que ello sucedió así, la empresa transportadora no podía liberarse de la responsabilidad que se le imputa en la demanda alegando tal circunstancia, como que por tratarse de una obligación de resultado, lo podía serlo mediante la prueba de fuerza mayor, siempre que esta no se hubiera dado por culpa suya, tal como lo previene el artículo 992 del Código de Comercio.

De suerte, pues, que con arreglo a lo que establece la norma que se acaba de citar, para que el transportador pueda destruir la presunción de culpa que gravita en su contra y de consiguiente de la responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones, no le bastará demostrar que tal incumplimiento se debió a fuerza mayor. *Requerirá además, la prueba de que aquélla no se debió a culpa suya, lo cual resultaría de establecer que empleó la diligencia y cuidado debidos para hacer posible la ejecución de la obligación.*

La fuerza mayor *la define el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 como el hecho imprevisto a que no es posible resistir; y, el mismo texto señala como ejemplos de ella el naufragio, el terremoto, el apresamiento de enemigos, etc., fenómenos éstos que implican* exterioridad, *lo cual viene a constituir precisamente, lo que la diferencia del caso fortuito, como lo enseña la doctrina, pero que según el parágrafo del artículo 992 del Código de Comercio recibe un mismo tratamiento jurídico.*

Así precisado el fenómeno, podrá afirmarse que el asalto al vehículo y el robo de las mercancías que la demandada se obligó a acarrear por cuenta de la destinataria y subrogante de la compañía de seguros y que vino a impedir el cumplimiento de la obligación contraída, ¿constituirá fuerza mayor o un caso fortuito?

La Corte, a partir de 1935 ha venido sosteniendo en forma reiterada que el robo o saqueo de mercancías por sí solos no constituyen fuerza mayor que exonere al transportador de responsabilidad, sino que es necesario probar además que, a pesar de haber tomado todas las previsiones, no pudo evitar el hecho. Precisamente en casación de 23 de enero de 1980 dijo en lo pertinente:

"Aun en el supuesto de que el afirmado 'saqueo' de mercancías se encontrara probado, que ciertamente no lo está, no podría predicarse en relación con él el carácter de fuerza mayor que, dentro de la órbita de los efectos del contrato de transporte, es causal exonerativa de la responsabilidad del transportador por la pérdida de la cosa transportada, cuando dicho acontecer no se deba a la incuria, descuido o culpa suyos, según lo pregona el artículo 992 del Código de Comercio.

"Porque, como lo ha dicho la Corte, cuando un acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito que él parezca, no genera fuerza mayor. '... en tanto que sea posible prever la realización de un hecho susceptible de oponerse a la ejecución del contrato, y

que este evento pueda evitarse con diligencia y cuidado, no hay caso fortuito ni fuerza mayor. Sin duda el deudor puede verse en la imposibilidad de ejecutar la prestación que le corresponda, pero su deber de previsión le permitiría evitar encontrarse en semejante situación. El incendio, la inundación, el hurto, el robo, la muerte de animales, el daño de las cosas, etc. son hechos en general previsibles y que por su sola ocurrencia no acreditan el caso fortuito o la fuerza mayor, porque dejan incierto si dependen o no de culpa del deudor. Por consiguiente, es racional que el deudor que alegue uno de estos o parecidos acontecimientos, pretendiendo librarse del cumplimiento de su obligación, debe no sólo probar el hecho, sino demostrar también las circunstancias que excluyen su culpa. Y la presunción de culpa que acompaña a quien no ha ejecutado el contrato, no se destruye por la simple demostración de la causal del incumplimiento cuando el hecho así señalado es de los que el deudor está obligado a prever o impedir. Por ejemplo, el robo y el hurto son hechos que se pueden prever y evitar con sólo tomar las precauciones que indique la naturaleza de las cosas. No constituye caso fortuito sino probado que no obstante aquellas previsiones fue imposible evitar el suceso: como cuando se consumen por un asalto violento que domina la guardia suficiente con que se custodiaba la cosa. Pero cuando la causal del robo queda ignorada, cuando ni siquiera se conoce al autor, entonces no hay derecho a exculparse con el caso fortuito para librarse de la respectiva obligación. La presunción de culpa sigue pesando sobre el obligado" (LXIX, 555). En igual sentido Cas. Enero 26 de 1982. Ordinario Compañía Colombiana de Tubaw S. A. contra Sociedad Eduardo Bolero Solo y Cía. Ltda.

En tales circunstancias, si, como aquí ocurrió, el incumplimiento en entregar el cargamento de café se debió al presunto atraco de que fue víctima el conductor del vehículo que lo transportaba y que, éste no llevaba compañía porque siempre le "ha gustado andar solo", según lo manifestó el mismo conductor a las autoridades de Pereira, se impone la desestimatoria de la defensa alegada por la empresa transportadora.

7. De otra parte, como en la orden de cargue expedida por Conaltra se expresa que el flete acordado está basado en el valor de la mercancía no superior a $ 10.00 el kilo, pero que "si el valor es superior debe notificárseles inmediatamente y por escrito para tomar por su cuenta el seguro sobre los riesgos que requiera", la empresa transportadora alegó que su responsabilidad quedaba limitada al valor señalado en esa cláusula y, por tanto, la condena no puede superar esos términos, en apoyo de lo cual invoca también lo dispuesto por los artículos 994 y 1010 del Código de Comercio, de acuerdo con los cuales en ningún caso podrá el remitente cobrar como valor de la cosa transportada uno mayor que el declarado. Y la remitente, refiriéndose al contenido de esa cláusula, explicó que en tratándose de cargamentos de café de exportación nunca se indica al conductor el valor de la mercancía, solamente se verifica el número de bultos, por cuanto el cargamento se entrega al transportador amparado por el seguro.

Se trata, entonces, de averiguar qué eficacia tiene la declaración impresa que el transportador incluyó en la orden de cargue en la cual

limita su responsabilidad por pérdida a $ 10.00 por cada kilo encargado para su acarreo.

En punto al mérito de las cláusulas tendientes a limitar la responsabilidad que las empresas de transporte público incluyen en los billetes y órdenes de cargue, tanto el anterior código de comercio en su artículo 329 como el 8º de la Ley 52 de 1919, les desconocen toda eficacia al establecer que a pesar de ellas quedan "obligados a indemnizar a los cargadores por pérdidas, faltas o averías que comprueben haber sufrido en sus cargamentos". En el mismo sentido el artículo 992 del Código de Comercio vigente, después de prevenir que las cláusulas del contrato que impliquen exoneración total o parcial por parte del transportador de sus obligaciones o responsabilidades, se tendrán por no escritas o pactadas, establece que las cláusulas limitativas de esa responsabilidad, aún a título de pena, fijación en una suma determinada el valor de los perjuicios o cualquiera otra, sólo producirán efectos cuando se refieran exclusivamente a la simple mora o retardo por "riesgos del transporte", o revistan la forma de seguro.

Como se ve, a las referidas cláusulas el código únicamente les reconoce eficacia en tratándose de mora o retardo debidos a "sucesos fortuitos, previsibles pero irresistibles, propios de esa actividad y que no provengan de culpa anterior del transportador", pero no en los eventos de pérdida o extravío, como aquí ocurrió. El cargamento de café le fue entregado por Goncheinol Limitada a la empresa transportadora para que lo acarreara hasta el puerto de Buenaventura y ésta, a su vez, como lo autoriza el artículo 984 del Código, lo encargó a los otros codemandados. Por lo demás, obsérvese como la cláusula impresa, cuya aceptación por la remitente no se ha establecido, tiene por objeto la determinación del valor del flete y a lo sumo exigir a la remitente la toma de un amparo; que para el caso Goncheinol ya había contratado.

Por tanto, tampoco esta defensa está llamada a prosperar.

8. Estando, pues, establecidas todas las condiciones de éxito de las pretensiones de la compañía aseguradora y descartadas las excepciones propuestas por la demandada, así como las que pudieran considerarse de oficio, se impone, entonces, la determinación del monto de indemnización a cargo de la empresa transportadora como consecuencia de la prosperidad de la demanda.

Con arreglo al comprobante de liquidación y pago del siniestro, a la remitente del cargamento de café extraviado se le pagó la suma de $ 713.000.00 que corresponde al amparo proporcional de 115 bultos de café que hacían parte del lote de 645 bultos que habían sido amparados por un total de $ 2.511.000.00, como lo explicó el representante de la compañía aseguradora. En consonancia con ello, la demandante solicitó se condenara solidariamente a los demandados a pagarle tan sólo esa suma, así como el valor de los intereses comerciales desde el momento en que verificó dicho pago hasta cuando se le solucione la deuda.

El fallador de primera instancia, sin reparar que la subrogación legal no se halla establecida para enriquecer al asegurador, ni para lasti-

mar los derechos patrimoniales del asegurado, ni tampoco para aliviar o perjudicar la situación del responsable del daño asegurado y sin expresar con fundamento en qué norma se hizo, impuso a la parte demandada la obligación de pagar, además de la indemnización cubierta por la aseguradora, el valor de los intereses comerciales en la forma solicitada.

Ahora en orden a precisar los alcances de la subrogación legal que consagra el artículo 1096 del Código de Comercio ha de tenerse en cuenta que la indemnización que paga el asegurador estará determinada por el valor del daño derivado del siniestro, evaluado al momento de su ocurrencia e indemnizado en términos del contrato, lo cual excluye, desde luego, los intereses o perjuicios moratorios que el artículo 1080 impone al asegurador, en su caso, pues éstos desbordan el concepto de daño asegurado. La suma que limita el derecho del asegurador, "transmitido" ope legis por el asegurado, es la del día del pago de la indemnización, y a esa suma ha de quedar limitada también la responsabilidad del causante del siniestro.

Si con miras a la correcta interpretación del citado artículo 1096 se consultan sus antecedentes, cuya importancia en este campo reconoce el artículo 27 del Código Civil, será necesario insistir que la expresión "hasta concurrencia del importe" no puede tener alcance distinto al que indica su tenor literal. Ello es así por cuanto, como lo tiene admitido la doctrina general de los autores, el asegurador, a consecuencia de un siniestro indemnizable, no puede sufrir perjuicio en la acepción jurídica de la palabra. Y no puede sufrirlo porque la indemnización que el paga al asegurado tiene un origen contractual, y porque ha recibido con la primera la contraprestación correspondiente a su obligación y porque opera en función del cálculo de las probabilidades.

Fueron precisamente estas consideraciones, así como las dificultades y críticas que se le hacían a la subrogación convencional que consagraba el artículo 677 del anterior código, las que llevaron a la Comisión Revisora del antiguo Código de Comercio a incluir en el artículo 914 del proyecto de 1958 el texto del actual artículo 1096 que consagra la subrogación legal; texto que en su primer inciso no mereció del Comité Asesor en lo atinente al contrato de seguro más modificaciones que las relativas a su redacción.

En tales circunstancias, considera la Corte, resulta improcedente la pretensión de la compañía aseguradora en el sentido de que la condena a la empresa transportadora además del valor de la suma pagada a título de indemnización, comprenda también intereses comerciales de dicha suma, desde cuando se efectuó tal pago.

9. En armonía con todo lo expuesto, se confirmará la sentencia recurrida en cuanto reconoció a la demandante el derecho de subrogación reclamado frente a la Compañía Nacional de Transportes Limitada, Conaltra, absolvió a los codemandados Vicente Moya Jutínico y Nicanor Rivera, desestimó las excepciones propuestas por la parte demandada y le impuso el valor de las costas; empero, se revocará en lo concerniente al pago de intereses comerciales sobre el valor de la condena. Natural-

mente, dados los resultados del recurso no se impondrán costas en esta instancia.

Decisión

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1º Confírmanse los numerales 1º, 3º, 4º y 5º de la sentencia proferida en este proceso el 30 de noviembre de 1981 por el Juzgado Veintitrés Civil del Circuito.

2º Revócase el numeral 2º de la misma sentencia en cuanto condenó a la demandada al pago de intereses comerciales, cargo del cual se absuelve.

3º No es del caso imponer costas en esta instancia.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

DECLARACION DE PERTENENCIA

CERTIFICADO DEL REGISTRADOR. **El que debe acompañarse a la demanda no es cualquier certificado, sino uno en que, de manera expresa se indiquen las personas que figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro, o uno que de manera clara diga que sobre ese inmueble no aparece ninguna persona como titular de esos derechos.**

REVISION

FINALIDAD. Término para interponerlo cuando se invoca la causal del numeral 7º del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

Bogotá, D. E., 6 de agosto de 1985.

Procede la Corte a decidir el recurso de revisión interpuesto por la Beneficencia de Cundinamarca contra la sentencia de 9 de mayo de 1977, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario de pertenencia adelantado en el Juzgado Doce Civil del Circuito por Ricardo Vanegas Sierra, Hernando Carrillo Arango y Luis Antonio Paz Escobar frente a personas indeterminadas.

ANTECEDENTES

1. En la demanda presentada ante la Corte el 24 de octubre de 1981, expresa, en síntesis, la entidad recurrente:

a) El Hospital San Juan de Dios recibió en la sucesión de José Joaquín Vargas Escobar, a título de legado (Escritura pública número 1065 de junio de 1937, de la Notaría Tercera de Bogotá), un lote de

terreno desde entonces conocido como "El Salitre", comprendido entre los linderos de que da cuenta el folio de matrícula inmobiliaria número 050-0006264;

b) A la Beneficencia de Cundinamarca le fue adscrita por ley, desde el 15 de agosto de 1969, la dirección del centro hospitalario en referencia y por ende de sus bienes;

c) Desde 1937 hasta ahora, la entidad jamás ha dispuesto de los terrenos que fueron objeto del proceso de pertenencia a que se contrae este recurso, en el cual los demandantes Ricardo Vanegas, Hernando Carrillo y Luis Antonio Paz obtuvieron de la "Oficina de Registro de Bogotá un supuesto certificado que no obedece a la realidad jurídica del predio", pero que les permitió dirigir la demanda contra "personas indeterminadas" (Art. 413 5º del C. de P. C.); razón por la cual la Beneficencia no tuvo conocimiento de la existencia del proceso en mención; así que éste se tramitó sin que "se pudiera oponer a las pretensiones de los actores";

d) El proceso terminó con la sentencia que el 19 de abril de 1976 profirió el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá, en la cual accedió a las súplicas de la demanda; fallo luego confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá al decidir mediante la suya de 9 de mayo de 1977 la respectiva consulta;

e) El inmueble materia de la declaratoria de pertenencia corresponde al predio ubicado en la Avenida 68 de esta ciudad, distinguido con el Nº 22B-46 y comprendido dentro de los siguientes linderos: "Por el Norte con terrenos de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, en longitud de 280.25 metros; por el Sur con el canal del río San Francisco en longitud de 73.13 metros, por el Oriente con la línea del ferrocarril en longitud de 518.98 metros, y por el Occidente con la Avenida General Santander, o El Espectador, o Avenida 68, en 543.55 metros";

f) La Beneficencia, precisa el demandante, "solamente tuvo conocimiento de la sentencia que impugna, el día 25 de octubre de 1979, fecha en la cual se le notificó por parte de la sociedad Construcciones Santa María Limitada la demanda que esta formuló para accionar la presunta obligación en que se encuentra la Beneficencia de Cundinamarca de restituir a la demandante los terrenos" de su propiedad que hacen parte de "El Salitre" y que la entidad desconocía absolutamente que hubieran sido objeto de declaración de pertenencia y que jamás había enajenado.

II. Con fundamento en los anteriores hechos e invocando la causal 7ª de revisión que consagra el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, con audiencia de quienes fueron partes en el proceso, la entidad recurrente solicitó a la Corte se hagan los siguientes pronunciamientos:

"1. Que es absolutamente nulo todo lo actuado en el proceso ordinario de pertenencia instaurado ante el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá por Ricardo Vanegas Sierra, Hernando Carrillo Arango y Luis Antonio Paz Escobar contra personas indeterminadas y que tuvo sentencia de primera instancia el 19 de abril de 1976 y de segunda en el grado de consulta el día 9 de mayo de 1977.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene librar oficio a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá a fin de que se cancele el folio de matrícula inmobiliaria número 050-0412596, por medio del cual se segregó de los terrenos conocidos como 'El Salitre', pertenecientes en su integridad a la Beneficencia de Cundinamarca, la zona de terreno objeto de la declaración de pertenencia cuya nulidad se impetra.

3. Que igualmente se oficie a la Notaría Cuarta de Bogotá a fin de que se anote en la Escritura número 205 del 31 de enero de 1978 que la sentencia protocolizada en ese instrumento fue declarada nula por esa honorable Corporación.

4. Que igualmente se oficie a la Oficina de Catastro de Bogotá para que cancele la cédula catastral A. 28A3153, Avenida 68 Nº 22B-46 de esta ciudad, ya que no hay lugar a la desmembración de ese terreno del predio 'El Salitre'.

5. Igualmente se declarará que los demandados deben pagar las costas y agencias en derecho que cause este recurso si se oponen a él y son vencidos".

III. Superadas las incidencias iniciales relativas al rechazo, luego de admitida la demanda de revisión, los demandados Hernando Carrillo Arango, Ricardo Vanegas Sierra y Luis Antonio Paz Escobar solicitaron, sin éxito, reposición del auto que le dio curso. Estos y también el curador designado a las personas indeterminadas, le dieron respuesta a la demanda oponiéndose a las pretensiones de la recurrente. Al mismo tiempo propusieron los primeros la excepción previa de caducidad para que fuera considerada por la Corte al momento de fallar; excepción que basaron fundamentalmente diciendo que, como la Beneficencia conoció la existencia de la sentencia impugnada desde el 28 de marzo de 1979, cuando el 24 de octubre de 1981 presentó la demanda de revisión ya se había operado ese fenómeno que impedía la interposición del recurso.

IV. Practicadas en su casi totalidad las pruebas solicitadas por las partes, en su oportunidad, la recurrente presentó su alegación, pero los demandados lo hicieron en forma extemporánea.

Consideraciones de la Corte

1. *En virtud del recurso extraordinario de revisión, el Estado sacrifica la intangibilidad normal de la cosa juzgada, permitiendo la posibilidad de que sea desvirtuada la presunción de legalidad y acierto que ampara a las sentencias definitivas* (res indicata pro veritate habetur) *porque, como lo sostienen los procesalistas, es más útil a la comunidad y al prestigio de los tribunales reconocer la existencia de una injusticia que defender a ultranza la idea de la llamada "santidad de la cosa juzgada". Naturalmente, esta* latente interinidad *de la cosa juzgada tiene un límite, como que la sentencia que en un caso dado pudiera calificarse de injusta, sólo puede ser impugnada por tal vía en los precisos casos señalados en la ley y dentro del término que ella misma establece.*

Entre nosotros, el recurso de revisión lo consagra el Código de Procedimiento Civil en los artículos 379 a 381 para los casos en que hubiesen faltado elementos esenciales para la garantía de la justicia, lo cual puede ocurrir cuando la sentencia hubiere sido producto del fraude, la violencia, la colusión o el cohecho; o cuando fue dictada con fundamento en pruebas falsas o después de proferida se recobran piezas retenidas por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida; cuando hubo colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes, en perjuicio de terceros y estos interponen el recurso; cuando subsiste un vicio de nulidad en las circunstancias previstas por el artículo 380, o se hubiera desconocido la existencia de la cosa juzgada, por haberla ignorado el curador ad litem.

2. *Mas, es preciso observar que pese a la reglamentación especial que este recurso presenta, tanto respecto de las causales que autorizan su ejercicio como en lo atinente al trámite y los efectos mismos, no constituye una tercera instancia y, por tanto, el recurrente no puede, a través de él, suplir las deficiencias de orden probatorio en que incurrió en el proceso cuya sentencia aspira le sea revisada ni en sus alegaciones jurídicas y menos remediar omisiones cometidas en defensa de los intereses en litigio. Eso no es el objeto propio del recurso. "El mira certeramente, como lo ha dicho la Corte, a la entronización de la garantía de la justicia o al restablecimiento del derecho de defensa cuando fue claramente conculcado, o al imperio de las sentencias que ostentan el sello de la cosa juzgada material" (Revisión 11 de junio de 1976, G. J. Tomo CLII, Pág. 193).*

3. En el caso que hoy ocupa la atención de la Corte, según lo sostiene la recurrente, por cuanto quienes promovieron el anterior proceso declarativo de pertenencia presentaron un certificado que no correspondía a la realidad jurídica del inmueble a que se refiere, y, por lo mismo, no reunía las exigencias del numeral 5º del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, se configuró la causal 7ª de revisión contemplada por el artículo 380, el cual erigió como tal el hecho de "estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento contemplados en el artículo 152, siempre que no haya sanceado la nulidad".

4. Antes de considerar el fundamento de la causal invocada por la recurrente y examinar los elementos de prueba incorporados con el propósito de establecerla, la técnica procesal indica que primeramente es indispensable decidir acerca del mérito de la excepción de caducidad alegada por los demandados en la contestación de la demanda.

Sostienen los excepcionantes que cuando se invoca como causal de revisión la consagrada en el numeral 7 del artículo 380 del código, el término de los dos años de que habla el artículo 381 empieza a contarse desde el día en que la parte perjudicada con la sentencia o su representante haya tenido conocimiento de ella.

En este caso, agregan, el término de los dos años empezó a correr a partir del 28 de marzo de 1979, fecha en la cual se introdujo al Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá, donde se tramitó el proceso de pertenencia, un escrito en el que Camilo Martínez Fonseca, Síndico de la

Beneficencia, solicitó unas copias, o a partir del 20 de abril siguiente, cuando se recibieron. De allí, concluyen, si se toma como punto de partida una u otra resulta claro que para el 24 de octubre de 1981, fecha de la presentación de la demanda de revisión, ya había transcurrido un término superior al indicado por el inciso 2º del precitado artículo 381, o sea que para entonces se había operado el fenómeno de la caducidad.

Al descorrer el traslado del libelo de excepciones, la recurrente reiteró lo dicho en la demanda introductoria del recurso cuando, bajo la gravedad del juramento, su representante manifestó que sólo el 25 de octubre de 1979, fecha en la cual recibió notificación de la admisión de la demanda reivindicatoria promovida contra la Beneficencia por Construcciones Santa María Limitada, se enteró de la sentencia materia de impugnación. Arguye, luego, que el hecho de solicitar copias de un expediente no significa que necesariamente haya tenido tal conocimiento. Nada aclara, sobre el particular el testimonio de una de las abogadas de la institución quien manifestó que realmente no recuerda a quién entregó las referidas copias; como tampoco lo recuerda el director de la División Legal.

5. *Ahora bien, el Código de Procedimiento Civil, al regular lo relativo a la oportunidad para interponer el recurso de revisión, establece en su artículo 381 que podrá interponerse dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia, pero advierte que cuando se invoque la causal prevista en el numeral 7 del artículo 380, es decir, la nulidad originada en la indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, "los dos años comenzarán a correr desde el día en que la parte perjudicada con la sentencia o su representante haya tenido conocimiento de ella, con límite máximo de cinco años".*

Como se ve, para que empiece a correr el término dentro del cual la parte lesionada o su representante pueda impugnar la sentencia por la vía del recurso de revisión, la norma exige que esa parte haya tenido conocimiento de la sentencia, que sin la menor duda se haya enterado de ella. Sólo si, a pesar de tal conocimiento, la parte perjudicada permanece inactiva durante los dos años siguientes podrá configurarse la caducidad de su derecho a impugnar esa sentencia.

Desde luego, ese conocimiento de la sentencia por la parte perjudicada o su representante tiene que ser cierto, real, sin que pueda, por tanto, inferirse de meras conjeturas o suposiciones. Ese es el criterio adoptado por el legislador para situaciones similares, tal como puede comprobarse entre otros casos cuando, al reglamentar la notificación por conducta concluyente, da por enterada de una providencia a la parte o tercero si manifiestan expresamente que la conocen o se refieren a ella en escrito que lleve su firma, o verbalmente hacen tal manifestación dentro de audiencia o diligencia, si de ello queda constancia en el acta (Inc. 1º. Art. 330 C. de P. C.).

En el caso que se examina, la afirmación hecha por el representante de la Beneficencia de Cundinamarca en el sentido de que sólo el 25 de octubre de 1979 tuvo conocimiento de la sentencia impugnada, no se ha desvirtuado con prueba en contrario, demostración esta que, con arreglo al principio de la carga de la prueba, correspondía a los excepcionantes.

Estos se han limitado a decir que como el representante de la recurrente solicitó unas copias del proceso dentro del cual se dictó la sentencia y aparece constancia de que una empleada de la Beneficencia las retiró, es necesario suponer que la entidad se enteró precisamente en ese momento.

Con todo y aun cuando tal cosa no incumbía a la recurrente, la Beneficencia hizo que sobre el punto declarasen Sol Angel Polanco, abogada de la Institución, Daniel Alfonso Gómez, Jefe de la División Jurídica y Fernando Antonio Gómez Fajardo, Secretario y Subgerente, de cuyos dichos no puede concluirse algo diferente a lo sostenido por el representante de la entidad. La primera dice que ciertamente ella presentó al Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá una solicitud de las copias de que hablan los demandados y luego las llevó a la Oficina de los Abogados Auxiliares, dependencia en la cual siempre dejaba las copias reclamadas en despachos judiciales u otras oficinas; empero es enfática en sostener que no las entregó al Síndico. Otro tanto dice el Jefe del Departamento Jurídico, quien explica, además, que sólo cuando le fue notificada al Síndico de la Beneficencia el 25 de octubre de 1979 la admisión de la demanda reivindicatoria promovida contra la Beneficencia por los demandados en esta revisión, se enteraron de dicha sentencia; justamente en ese momento el gerente y la Junta acordaron que el mismo abogado que habría de contestar la demanda promovería ante la Corte el recurso de revisión de la sentencia proferida en el proceso de pertenencia, recurso cuya introducción tropezó por cierto con el hecho bastante extraño del extravío del expediente que contenía la pertenencia. En el mismo sentido se pronunció el Subgerente Gómez Fajardo, quien agregó que de haberse conocido antes tal fallo, todos se habrían enterado por la trascendencia e importancia de su contenido.

En tales condiciones, sobre las simples conjeturas o inferencias en que se basan los excepcionantes, ha de darse prevalencia a la manifestación que bajo juramento hizo el representante legal de la Beneficencia en el sentido de que sólo el 25 de octubre de 1979 tuvo conocimiento de la sentencia cuya impugnación se decide. Aun admitiendo que empleados del departamento jurídico de la entidad se enteraron de las referidas copias, ese hecho no permite sostener que el representante legal de la Beneficencia hubiera tenido conocimiento de esa decisión antes de la fecha que indica en la demanda, tanto menos cuando no se demostró que entre tales copias se incluía precisamente la sentencia de que se viene hablando. Obsérvese, además, cómo la dicha solicitud de copias hace referencia a un proceso promovido contra la Beneficencia de Cundinamarca, la cual realmente no fue parte en dicho proceso.

Lo que se ha dejado expuesto hasta ahora permite concluir que la excepción de caducidad no se abre paso y, por tanto, se impone el estudio del recurso.

6. La sentencia materia de impugnación por la Beneficencia de Cundinamarca es la proferida el 9 de mayo de 1977 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Doce Civil del Circuito en la cual este Despacho declaró "que pertenece a los demandantes, señores Ricardo Vanegas Sierra, Hernando

Carrillo Arango y Luis Antonio Paz Escobar el dominio del inmueble situado en la Avenida 68 Nº 22B-46 de Bogotá, con una cabida de 79.903.81 M², . . . junto con las mejoras, dependencias, anexidades y servidumbres, por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio" y cuyos linderos consigna en la parte motiva.

Ahora bien, un examen de los elementos de prueba que sirvieron de fundamento al Tribunal para mantener la declaratoria de dominio del inmueble que los demandantes manifestaron haber poseído por más de veinte años, exterioriza lo siguiente:

a) Mediante Escritura pública Nº 1277 de 25 de abril de 1975, extendida ante el Notario Catorce del Círculo de Bogotá, Víctor Cruz Sonchá, dijo transferir a título de venta a Ricardo Vanegas Sierra, Hernando Carrillo y Luis Antonio Paz Escobar "el derecho de dominio y posesión de un globo de terreno, situado en el Distrito Especial de Bogotá, señalado en la actual nomenclatura Distrital con el número: Avenida sesenta y ocho (68) número veintidós-B cuarenta y seis (22B-46) y comprendido dentro de los siguientes linderos: Por el Norte, con la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, con una longitud de doscientos ochenta metros veinticinco centímetros (280.25 mts.); por el Sur, con el canal del río San Francisco, con una longitud de setenta y tres metros trece centímetros (73.13 mts.); por el Oriente, con la línea del ferrocarril nacional con una longitud de quinientos dieciocho metros noventa y ocho centímetros (518.98 mts.); por el Occidente, con la Avenida General Santander o de El Espectador, o sesenta y ocho (68), en quinientos cuarenta y tres metros cincuenta y cinco centímetros (543.55 mts.). Dando una cabida de setenta y nueve mil novecientos tres metros cuadrados con ochenta y un centímetros de metro cuadrado (79.903.81 M²)" (Fl. 4 C. Nº 1).

Declaró el vendedor en ese mismo instrumento que el inmueble enajenado lo adquirió "por prescripción adquisitiva de dominio, por haber tenido la posesión real y material desde hace más de veinte (20) años, en forma quieta, pacífica y no ininterrumpida . . ." y que "para mayor determinación de la cabida y situación, adjunta a la presente escritura el plano levantado por el doctor Juan José Camacho a una escala de 1:1000". Además, el Notario protocolizó con dicho instrumento las declaraciones extra proceso de Norberto Díaz, Gustavo Sánchez, Pedro Barato, Álvaro Páez y Javier Gómez (Fls. 4 a 11 C. Nº 1);

b) Los demandantes, sin expresar cuál era su propósito, solicitaron al Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá *certificara* "quién figura en la actualidad como propietario del bien *inmueble* Nº 22B-46 de la Avenida 68, ubicado en Bogotá. Según informaciones, agregan, parece que es de propiedad del señor Víctor Cruz Sonchá". Y el registrador, dos meses después de que los demandantes suscribieron la citada escritura 1277, esto es el 26 de junio de 1976, se limitó *a hacer constar* que por cuanto los interesados no suministraron "el nombre del presunto o presuntos poseedores inscritos, tradentes o vendedor, número y fecha del título de adquisición" no le era posible certificar conforme a lo pedido, pues, que de otra parte, "en la actualidad la oficina no posee libros que

faciliten averiguar quién o quiénes son los propietarios de determinado inmueble" (Fls. 1 y 2 *ibidem*);

c) Con tal constancia, que no certificación, el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá, dio por satisfecha la exigencia del numeral 5º del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil y dispuso el trámite del proceso que se adelantó frente a *personas indeterminadas* y que culminó con sentencia estimatoria de las pretensiones, la cual luego confirmara el Tribunal, en virtud de la consulta. Esa sentencia del Juez Doce Civil del Circuito se apoyó en la prueba resultante de la inspección judicial practicada al inmueble, la referida Escritura número 1277 de 25 de abril de 1975 y los testimonios de Javier Gómez Hoyos y Alvaro Páez Pinzón quienes, según se lee en dicho fallo manifestaron constarles "que desde 1974 el señor Víctor Cruz Soacha venía habitando el terreno a que se refiere la demanda, de 79.903.81 metros cuadrados...";

d) El Secretario General de la Tesorería Distrital, mediante oficio número 0008 de 12 de enero de 1977, informa al Tribunal Superior de Bogotá, que el lote de terreno de la Avenida 68 Nº 22B-46 Registro Catastral Nº A-28A, 34-37 no figura en los listados de Catastro (Fl. 66 *ibidem*);

e) La Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, mediante oficio número 214894, de 24 de marzo de 1977, informa que el inmueble de la Avenida 68 Nº 22B-46 de esta ciudad, no figura en los kárdex de esa dependencia (Fl. 68 *ibidem*);

f) Igualmente, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, por oficio número 240946 de 5 de abril de 1977, también informó al Tribunal que el bien cuya dirección se señala como de la Avenida 68 Nº 22B-46 de esta ciudad, no figura registrado tampoco en los archivos de esa oficina (Fl. 70 *ibidem*).

7. De otra parte, la Corte en asocio de peritos practicó al inmueble objeto de la declaratoria de pertenencia una inspección judicial para constatar su situación y estado actual, así como la identidad del descrito en la demanda de revisión. Allí se recibieron, además, los testimonios de Abigail Vargas e Ignacio Gómez Rincón, quienes dicen vivir en él desde 1954 por cuenta de la Beneficencia de Cundinamarca, a quien siempre han reconocido como dueña no sólo del lote inspeccionado sino de uno de mayor extensión, dentro del cual está enclavado; precisaron que nunca conocieron a Víctor Cruz Soacha; y, agrega la primera, "aclaro y dejo de presente que a mí me vinieron a proponer que me daban cuatro millones más una finca a donde yo quisiera y que les dejara meter un anciano a vivir allí y que yo dijera que antes de yo venir ahí estaba el señor viviendo que ellos me daban dos millones de pesos con el sólo hecho que yo dejara posesionar al señor y que dijera que yo le estaba pagando un arriendo a él para el sostenimiento de él". Esto ocurrió hace unos cuatro años, precisa la declarante Abigail Vanegas (Fls. 10 y 11 Pruebas de la Corte).

Igualmente obra en el proceso el dictamen de los peritos designados por la Corte, uno abogado e ingeniero el otro, quienes, con fundamento en lo observado en la inspección judicial practicada por la Corte y lo verificado directamente de los planos y documentos que obran en el pro-

ceso reivindicatorio promovido por Construcciones Santa María Limitada contra la Beneficencia de Cundinamarca ante el Juzgado Primero Civil del Circuito, y con vista en los folios de matrículas inmobiliarias números 050-0412596 y 050-0006264 del correspondiente libro de la Oficina de Registro, expusieron las siguientes conclusiones:

"a) El folio de matrícula inmobiliaria número 050-0412596 corresponde al registro de la sentencia de declaratoria judicial de pertenencia proferida por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá el 19 de abril de 1976 y registrada el 1º de agosto de 1977 a favor de Vanegas Sierra Ricardo, Carrillo Arango Hernando y Paz Escobar Luis Antonio. Con una extensión superficiaria de 79.903.81 M²;

b) El folio de matrícula inmobiliaria número 050-0006264 corresponde al predio 'El Salitre'. En soporte de lo anterior acompañamos en fotocopia el folio en mención constituido por la hoja número 1A y la número 2A.

Del estudio practicado a los folios en mención no fue posible establecer quién o quiénes eran los poseedores inscritos antes de 1954, como tampoco del certificado que en forma confusa expidió la Oficina de Registro el 26 de junio de 1975, que obra en el expediente que tiene a estudio el señor Magistrado, folio 2 del cuaderno principal.

Hemos mencionado el año de 1954, porque a partir de esta fecha fue que alegaron posesión material quienes fueron beneficiados con la sentencia que dio lugar al registro de la misma al folio referido, cuyos linderos resultaron ser los mismos en longitud a los apuntados en el libelo, y se refieren al lote de la Avenida 68 Nº 22B-46".

Más adelante, con fundamento en los planos observados y los referidos folios de matrícula, dictaminan los expertos:

"Con fundamento en lo anteriormente expuesto y teniendo en cuenta el contenido de los planos que estudiáramos en el proceso ordinario tantas veces mencionado, pero de manera singular, el plano correspondiente al folio 125, los peritos, de común acuerdo, procedemos a rendir nuestro experticio en la forma y términos siguientes:

1. El predio objeto de la litis sí está enclavado en terrenos de la hacienda 'El Salitre' de propiedad de la Beneficencia de Cundinamarca.

2. Igualmente estamos de acuerdo con que los linderos a que se refiere el numeral 3 del memorial de prueba y los que nosotros apuntamos al folio 2, inciso segundo de nuestro experticio, son los mismos, o sea, que el lote quedó plenamente identificado sobre el terreno.

3. La matrícula inmobiliaria número 050-0412596 corresponde al registro de la sentencia de declaratoria judicial de pertenencia proferida por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá el 19 de abril de 1976 a favor de Vanegas Sierra Ricardo, Carrillo Arango Hernando y Paz Escobar Luis Antonio y registrada el 1º de agosto de 1977.

4. La matrícula inmobiliaria número 050-0006264 corresponde a los terrenos de la hacienda 'El Salitre', de propiedad de la Beneficencia,

5. Es de lógica, que si para antes de 1954 el predio objeto del litigio no tenía matrícula inmobiliaria aislada, es porque pertenecía a la Beneficencia de Cundinamarca" (Fls. 24 a 27 Pruebas de la Corte).

8. Una evaluación de conjunto de los diferentes elementos de prueba que se han relacionado permite deducir tres conclusiones principales:

1º Que a la demanda, en virtud de la cual Hernando Carrillo Arango, Ricardo Vanegas Sierra y Luis Antonio Paz Escobar solicitaron la declaratoria de haber adquirido por prescripción extraordinaria el inmueble de la Avenida 68 Nº 22B-46, no se acompañó el certificado exigido por el numeral 5º del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, la constancia expedida por el Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá en el sentido de que no le es posible certificar acerca de lo pedido por absoluta carencia de los datos que debieron suministrar los peticionarios, no puede suplir la exigencia del referido numeral 5º del artículo 413 del Código. Este ordena que a la demanda se acompañe como anexo un certificado del Registrador "acerca de las personas que figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro o de que no aparece ninguna como tal", certificación sin la cual es inadmisible la demanda, pues es necesario saber con certeza quiénes son los titulares del dominio de los derechos reales que puedan desmembrarse para poder determinar precisamente qué personas tienen la legitimación pasiva en esta clase de procesos. Justamente tal exigencia constituyó una de las reformas fundamentales que al proceso regulado por la ley 120 de 1928 introdujo el actual código.

Naturalmente, esa deficiencia en la constancia expedida por el Registrador de Instrumentos Públicos se explica por la forma misma como los demandantes solicitaron la certificación, pues, a pesar de que dos meses antes habían suscrito la Escritura número 1277 de la Notaría Catorce de Bogotá, por la cual dijeron comprar ese inmueble a Víctor Cruz Sorcha y en la que consignaron sus linderos e hicieron elaborar unos planos del inmueble, circunstancias estas que no expresaron al Registrador; fuera de que tampoco le indicaron que requerían dicha certificación para solicitar la declaratoria de pertenencia.

2º Que el lote de terreno al cual se contrajo la demanda de pertenencia, en la cual se identificó con el Nº 22B-46 de la Avenida 68 y Registro Catastral número A-28 A. 34-47 y que, además, se determinó en planos sin aprobación oficial, no figura en el listado de catastro de la capital, ni en el kárdex de la Empresa de Energía Eléctrica, ni tampoco en los archivos de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

3º Que al inmueble al cual se refiere la Escritura número 1277 de 25 de abril de 1975, de la Notaría Catorce de Bogotá, que es el mismo determinado en la demanda de pertenencia y luego en la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 9 de mayo de 1977, se le abrió el folio de matrícula inmobiliaria número 050-0412596 el 1º de agosto de 1977. Y, además, que tal inmueble forma parte integrante de otro de mayor extensión de propiedad de la Beneficencia de Cundinamarca, cuya matrícula corresponde al folio número 050-0005264.

9. En consonancia con lo anterior, si, como quedó establecido, al momento en que los demandantes Ricardo Vanegas, Hernando Carrillo y Luis Antonio Paz formularon la demanda de declaratoria de pertenencia, la poseedora inscrita del referido inmueble era la Beneficencia de Cundinamarca, circunstancia que por los hechos que resultan del proceso no debían desconocer aquéllos, y si, además, por mandato del Código de Procedimiento Civil, la demanda se debe dirigir contra quien figura como titular de un derecho real principal sobre el bien objeto de usucapión, resulta obvio entonces que sin una manifiesta burla a la ley, no podían los demandantes acudir al fácil expediente de solicitar el emplazamiento como a personas indeterminadas de quien demuestra ser titular del derecho de dominio pleno. Como se sabe, por la vía de los edictos sólo pueden ser llamadas las personas inciertas que eventualmente puedan tener derechos sobre el bien que el demandante alega haber adquirido por prescripción, pero no los poseedores inscritos.

De consiguiente, si, con desconocimiento de las normas de procedimiento y la situación de hecho existente en ese entonces, los demandantes optaron por demandar desprovistos del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y el juez haciendo caso omiso de tales circunstancias dio curso al libelo, se impone la conclusión sostenida por la Corte en el sentido de que el curador *ad litem* designado para llevar la representación de las personas indeterminadas que fueron emplazadas, no tiene la representación de quien, en los libros de registro de la oficina de instrumentos públicos, aparece como titular de derechos reales principales sobre el bien objeto de la declaración de pertenencia.

De otra parte, si los demandantes desprovistos del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, que de haberle suministrado los datos de que disponían lo habría expedido, procedieron a demandar y a identificar en la demanda un bien determinado en plano elaborado sin aprobación oficial, enclavado dentro de uno de persona conocida y, si el juez, pasando por alto todas esas circunstancias, dio curso a la demanda y accedió a lo pedido en tales términos, no queda la menor duda de que se desconoció el derecho de defensa del verdadero titular del dominio. De allí por que, en situaciones como la planteada en este recurso, haya venido sosteniendo la Corte que el proceso adelantado de esa manera se halle viciado de nulidad por haberse omitido la notificación o emplazamiento de quien ha debido ser citado como parte al proceso.

"No dirigir la demanda contra quien es titular del derecho de dominio, contra quien figura en la oficina de registro como sujeto de derechos reales principales, cuando se sabe quién es esta persona o cuando existe motivo razonable para inferir que el demandante no podía ignorar esa circunstancia, dijo la Corte en sentencia de 30 de noviembre de 1978, es suceso que comporta rudo agresión al derecho de defensa de quien, si hubiera sido demandado, habría sido legítimo contradictor. Esta violación del derecho de defensa se sanciona por el legislador elevando a la categoría de nulidad tal hecho, al preceptuar que el proceso es nulo cuando no se practica en legal forma la notificación o el emplazamiento de personas que deben ser citadas como parte (152-9) y al establecer que este

episodio genera causa de revisión del proceso (Art. 380-7)". (G. J. Tomo CLXIII, Pág. 310).

10. Por todo lo que se ha visto, en el caso de este recurso interpuesto por la Beneficencia de Cundinamarca, el proceso de declaración de pertenencia promovido por Ricardo Vanegas Sierra, Hernando Castillo Arango y Luis Antonio Paz Escobar contra personas indeterminadas, ciertamente se halla viciado de nulidad por configurarse la causal 9ª del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, como que debiendo haberse dirigido la demanda contra ella no se le citó ni emplazó en legal forma, sin que de otra parte hubiera saneado dicho vicio en los términos del artículo 156 del mismo código. De consiguiente, se dan los supuestos de prosperidad de la causal 7ª del artículo 380 *ibidem*, que fue precisamente la invocada por la recurrente.

En armonía con lo expuesto y lo que prescribe el artículo 384 del Código, como consecuencia de la prosperidad del recurso, se declarará la nulidad de todo lo actuado en el proceso y se dispondrá comunicar esta decisión al Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de Bogotá; lo mismo que a la Notaría Cuarta (4ª) a fin de que se anote en la Escritura número 205 de 31 de enero de 1978 que la sentencia protocolizada en ese instrumento fue declarada nula.

Igualmente se dispondrá oficiar a la Oficina de Catastro de Bogotá para que se cancele la cédula catastral número A. 28A. 3453, Avenida 68 Nº 22B-46 de esta ciudad.

No se accederá a la petición 5ª de la demanda por cuanto el Código de Procedimiento Civil no autoriza imposición de costas a los demandados en caso de prosperidad del recurso.

Por último, dadas las graves acusaciones que al declarar ante la Corte formuló la testigo Abigail Vargas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal, se dispondrá se compulsen copias de la demanda inicial del proceso, de la introductoria del recurso, la respuesta, declaración de la citada testigo Vargas y de esta sentencia, con destino a las autoridades penales para la averiguación de posibles ilícitos, si fuere el caso.

11. *Finalmente, dadas las circunstancias que rodearon la tramitación de este proceso de pertenencia dentro del cual se introdujo el recurso que se desata, considera la Corte de conveniencia recordar a los jueces, como ya lo había hecho en la citada sentencia de 30 de noviembre de 1978, el deber en que están de emplear los poderes que el Código de Procedimiento Civil les confiere (Art. 37) para evitar que situaciones como las presentadas en este proceso vuelvan a tener ocurrencia.*

"Observa la Corte, dijo entonces, como se advierte en la especie de esta litis, que se ha vuelto costumbre, reprobable desde todo punto de vista, patrocinar causas de declaración de pertenencia a espaldas de los titulares de derechos reales constituidos sobre el bien materia de usucapión. Con ligereza notoria, los jueces dan por satisfecho el requisito exigido en el punto 5 del artículo 419 del Código de Procedimiento Civil,

con tal que se presente certificado del Registrador de Instrumentos Públicos. No acatan que la ley exige, no la presentación de un certificado cualquiera, sino la de uno específico en que se puntualizan las personas que figuran como titulares de derechos reales sujetos a registro o de que no aparece ninguna como tal. Es decir, el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos que, de conformidad con el artículo citado, debe acompañarse a la demanda introductoria del proceso, no es cualquier certificado expedido por ese funcionario, sino uno en que, de manera expresa, se indiquen las personas que, con relación al específico bien, cuya declaración de pertenencia se pretende, figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro, o uno que de manera clara diga que sobre ese inmueble no aparece ninguna persona como titular de derechos tales.

Si el certificado del registrador no llena esos requisitos porque, como sucedió en el caso de esta litis y como con frecuencia ocurre en otros procesos, se limita a decir que el interesado no suministró los datos indispensables para localizar la matrícula del fundo y que, por esa razón o por otras, no puede afirmarse quiénes son titulares de derechos reales sobre él, ni puede aseverarse que nadie figure como titular de derechos tales, entonces ese certificado no llena los requisitos exigidos por la disposición precitada.

De lo anterior resulta que no es lo mismo certificar que se ignora quiénes son titulares de derechos reales principales sobre un inmueble, que certificar que nadie aparece registrado como tal".

Y agrega más adelante:

"Los jueces no pueden tolerar, y menos propiciar que los actos u omisiones dolosos, culposos o socarrones de los pretensos usucapientes, torne en letra muerta la exigencia legal de que la demanda, en el caso del artículo 413 citado, debe dirigirse expresamente contra cada una de las personas que, en los libros de la oficina de registro correspondiente, figuren como titulares de derechos reales principales, que tienen que ser exactamente los mismos a que ha de referirse el certificado del registrador, pues este documento no puede ser otra cosa que un fiel trasunto, un reflejo idéntico de lo que en aquellos libros está registrado.

Toda maquinación del demandante enderezada a impedir o hacer más difícil que el titular de derechos reales pueda controvertir la demanda y defender su título registrado, debe ser reprobada con energía, pues el proceso tiene que ser limpia lucha en que las partes puedan litigar en igualdad de condiciones, con lealtad y nobleza, procurando solamente la realización de la justicia a través de la aplicación del derecho material" (G. J., Tomo CLVIII, Pág. 309).

Decisión

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. DESESTÍMASE la excepción previa de caducidad propuesta por los demandados en el escrito de réplica.

2. DECLÁRASE NULO todo lo actuado, a partir del auto admisorio de la demanda inclusive, en el proceso ordinario de pertenencia que ante el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá adelantaron contra personas indeterminadas Ricardo Vanegas Sierra, Hernando Carrillo Arango y Luis Antonio Paz Escobar que culminó con la sentencia de 19 de abril de 1976, confirmada por la que pronunció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 9 de mayo de 1977.

3. Se dispone librar despacho al Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá comunicándole esta decisión, a fin de que proceda a la cancelación del folio de matrícula inmobiliaria número 050-0412596, por medio del cual se segregó de los terrenos conocidos como "El Salitre" pertenecientes a la Beneficencia de Cundinamarca el lote de terreno a que se refiere la sentencia de 9 de mayo de 1977, proferida en el proceso cuya nulidad se declara.

4. Se ordena oficiar a la Notaría Cuarta de Bogotá, a fin de que se anote en la Escritura número 205 de 31 de enero de 1978 que la sentencia protocolizada en ese instrumento fue declarada nula.

5. Dispónese igualmente oficiar a la Oficina de Catastro de Bogotá para que se cancele la cédula catastral número A. 28A.3452, Avenida 68 Nº 22B-40 de esta ciudad.

6. De conformidad y para los efectos indicados por el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal, por la Secretaría compúlsense copias indicadas en la parte motiva.

7. Decrétase la cancelación de la caución prestada por la recurrente. Ofíciese a la compañía de seguros.

8. Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, *publíquese en la Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

SALVAMENTO DE VOTO

Con todo respeto me permito separarme del criterio adoptado por la mayoría de la Sala Civil de Casación, al proferir sentencia dentro del recurso extraordinario de revisión de la referencia.

A propósito, sobre el aspecto que origina mi disconformidad, reitero los puntos de vista que no fueron acogidos por mis distinguidos colegas cuando presenté ponencia sobre el caso objeto de la litis.

Dije, entonces:

1. El recurso extraordinario de revisión, ha reiterado la jurisprudencia, no solamente persigue la reparación de la injusticia irrogada a una de las partes por razón del fallo acusado, a consecuencia de acciones dolosas; sino que asimismo tiende "a tutelar el superior derecho de defensa que sufre detrimento ostensible cuando la sentencia, así sea intrínsecamente justa, se pronuncia contra quien estuvo indebidamente representado en él" (Cas. Civil del 8 de julio de 1975).

2. Precisamente, en el evento que ahora contempla la Corte, se busca por el recurrente que se quiebre la sentencia por considerar que fue proferida a espalda de la Beneficencia de Cundinamarca, ya que esta institución no fue llamada en debida forma a que se hiciera presente para defender sus intereses dentro del proceso de pertenencia en que se produjo. "La Beneficencia de Cundinamarca, se dice en la demanda, no fue notificada, ni emplazada, en el proceso cuya nulidad debe declararse. Tampoco tuvo ninguna representación en él, por lo cual al no haber jamás saneado estas nulidades, puede invocar a su favor la causal 7ª del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil".

3. Se considera por el revisionista que el certificado arrimado por los demandantes al proceso de pertenencia en que se declaró en favor de ellos la declaración de propiedad sobre el inmueble ya especificado antes, no satisface los requerimientos previstos en el ordinal 5º del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil:

"A la demanda deberá acompañarse un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos acerca de las personas que figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro o que no aparece ninguna como tal. Siempre que en el certificado figure una persona como titular de un derecho real principal sobre el bien, la demanda deberá dirigirse contra ella" (las subrayas fuera del texto).

4. En efecto, al Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá se le solicitó por los interesados que "certificara a continuación quién figura en la actualidad como propietario del bien inmueble Nº 22B-46 de la Avenida 68, ubicado en Bogotá", agregándose en el pedimento que "según informaciones parece que es de propiedad del señor Víctor Cruz Soacha". Y al respecto, el Registrador, "Hace constar" que para expedir certificaciones de tal género "debe el interesado suministrar a la oficina el nombre del presunto o presuntos poseedores inscritos tradentes o vendedor, número y fecha del título de adquisición"; precisando en seguida que "en la actualidad la oficina no posee libros que faciliten averiguar quién o quiénes son los propietarios de determinados inmuebles" (Bogotá, 26 de junio de 1975).

5. Por supuesto que la certificación en tales términos expedida no se ajusta a lo que quiere el precepto legal antes transcrito, que impone determinar las personas que figuren como titulares de derechos reales en el inmueble, o, en su defecto, que no aparece ninguna como tal.

6. Y desde luego que la Corte, en especial a partir del 30 de noviembre de 1978, ha venido insistiendo sobre el particular, al decir:

"Si el certificado del registrador no llena esos requisitos porque, como sucedió en el caso de esta litis y como con frecuencia ocurre en otros procesos, se limita a decir que el interesado no suministró los datos indispensables para localizar la matrícula del fundo y que, por esa razón o por otras, no puede afirmarse quiénes son los titulares de derechos reales sobre él, ni puede aseverarse que nadie figure como titular de derechos tales, entonces ese certificado no llena los requisitos exigidos por la disposición precitada.

De lo anterior resulta que no es lo mismo certificar que se ignora quiénes son los titulares de derechos reales principales sobre un inmueble, que certificar que nadie aparece registrado como tal".

Así que, se concluye en la providencia en mientes:

"No dirigir la demanda contra quien es el titular del derecho de dominio, contra quien figura en la Oficina de Registro como sujeto de derechos reales principales, cuando se sabe quién es esta persona o cuando existe motivo razonable para inferir que el demandante no podía ignorar esa circunstancia, es suceso que comporta ruda agresión al derecho de defensa de quien, si hubiera sido demandado, habría sido legitimado opositor. Esta violación del derecho de defensa se sanciona por el legislador elevando a la categoría de nulidad tal hecho, al preceptuar que el proceso es nulo cuando no se practica en legal forma la notificación o el emplazamiento de personas que deben ser citadas como parte (152-9); y al establecer que este episodio genera causa de revisión del proceso (Art. 380-7)".

Pero también es doctrina de la Corte, acompasada con las directrices de la ley de enjuiciamiento civil, que el éxito del recurso no depende exclusivamente de que el revisionista logre demostrar la existencia de la causal alegada, sino que además es preciso que la invoque a tiempo puesto que "su procedencia está condicionada, además al término oportuno en que debe interponerse (Art. 381 del C. de P. C.)". (CXLVII, 11).

8. Ahora bien, reza el inciso 2º del artículo en cita (381) que "cuando se alega la causal prevista en el numeral 7º del mencionado artículo (380), los dos años comenzarán a correr desde el día en que la parte perjudicada con la sentencia o su representante haya tenido conocimiento de ella, con límite máximo de cinco años".

Precisamente ese es el evento de ahora, que por cierto desde un principio se ha puesto sobre tela de duda, ya que los demandados, por una parte, tomaron tal circunstancia como pie de apoyo para pedir que el auto admisorio de la demanda fuera revocado, para, en su lugar, inadmitirla; a la vez, que por otra, sobre ella fundamentaron la excepción de caducidad que propusieron a consideración de la Corte.

9. Se impone entonces entrar a definir el asunto que se cuestiona, ya que de la definición que merezca depende la prosperidad o el fracaso de la pretensión del revisionista.

10. El recurrente dice en la demanda que "la causal invocada concede el término de dos años desde el día en que la parte perjudicada con

la sentencia haya tenido conocimiento del hecho, lo cual ocurrió el 25 de octubre de 1979, fecha en la cual se le notificó (a la Beneficencia) el juicio de restitución" a que anteriormente se hizo referencia.

Y eso exactamente es lo que afirma el síndico de la Beneficencia (Camilo Martínez Fonseca) al conferir poder para introducir el recurso extraordinario de que se trata. "El suscrito síndico sólo tuvo conocimiento de tales hechos el día 25 de octubre de 1979, cuando se me notificó la demanda que instauró la sociedad constructora Santa María Limitada, suplicando la restitución de aquel predio propiedad de la Beneficencia", objeto de la nulidad que se deprece.

De ser así, es claro que del 25 de octubre de 1979 al 24 de octubre de 1981, en que fue presentada la demanda, por un día escaso no habría sido superado el término concedido por el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil (se subraya).

11. Sin embargo, cosa diferente aseverar los demandados cuando proponen a estudio la excepción de caducidad, ya que, como quedó visto en un comienzo, afirman categóricamente:

"Los dos años, para el caso que nos ocupa, empezaron a correr a partir del día 28 de marzo de 1979, fecha en que se introdujo al Juzgado Doce Civil del Circuito el escrito visible al folio 87 del expediente en el que se introdujo la sentencia atacada, o a partir del día 20 de abril del mismo año, cuando se recibieron las copias solicitadas".

Y son enfáticos cuando agregan:

"El conocimiento se obtuvo a partir de cualquiera de estas dos fechas, puesto que quien solicitó y obtuvo las mencionadas copias fue el señor Camilo Martínez Fonseca, por aquel entonces, síndico de la Beneficencia de Cundinamarca y la misma persona que ahora por conducto de apoderado ha elevado la demanda de revisión".

12. En efecto, al folio 87 del cuaderno contentivo del proceso de pertenencia se lee el siguiente escrito:

"Beneficencia de Cundinamarca - Bogotá, D. E., marzo 28 de 1979 - Señor Juez Doce Civil del Circuito de Bogotá - E. S. D. Atentamente solicito de usted, se sirva ordenar a quien corresponda el desarchivo del proceso ordinario de pertenencia de Ricardo Vanegas Sierra y otros contra la Beneficencia de Cundinamarca y me sean expedidas copias de todo lo actuado dentro del proceso. Estoy presto a cancelar los gastos que dicha petición ocasione. Del señor Juez, Camilo Martínez Fonseca, Síndico Gerente". Firma ilegible y un sello que dice: "Beneficencia de Cundinamarca - Síndico Gerente - Bogotá, D. E.".

El memorial aparece recibido en la misma fecha en el juzgado y pasó al despacho el 3 de abril de 1979, día en el cual se produjo este auto:

"Juzgado Doce Civil del Circuito. Bogotá. Abril tres de mil novecientos setenta y nueve. Por la secretaría expídanse las copias solicitadas por el memorialista - Notifíquese - El Juez (Fdo.) Heraldo Coronado

Avila - El Secretario (Fdo.) Alfonso Torres Rocha" (Firmas ilegibles) - Anotadas en Estados el 7 de abril de 1979.

Y al folio 87 v., aparece la siguiente anotación: "IV-20-79 - Recibí copias" Firma ilegible "C. C. Nº 41662666 Btá.".

13. De otra parte, aparece acreditado que Camilo Martínez Fonseca, tomó posesión del cargo de síndico Gerente de la Beneficencia de Cundinamarca el 15 de junio de 1977, habiendo prestado sus servicios como tal hasta el 16 de agosto de 1982 (Fls. 104 y 119 del Cdno. primero de la Corte). Y se certifica que, en consecuencia, el 28 de marzo de 1979 estaba en ejercicio de sus funciones, para las que había sido designado por Decreto número 1330 de 1977.

Asimismo se estableció que quien retiró del Juzgado Doce Civil del Circuito las copias del proceso de pertenencia solicitadas directamente por el síndico Gerente de la Beneficencia fue la abogada Sol Angel Polanco. Y se sabe que ella prestó sus servicios en la Beneficencia (Fl. 121 del Cdno. Nº 2 de la Corte), "desde el 6 de septiembre de 1976 hasta el 30 de abril de 1981 como empleada pública dependiente de la División Legal, con el cargo de sustanciadora y posteriormente como Jefe de Grupo del Fondo de Prestaciones. Desempeñó funciones como abogada auxiliar de la División Legal hasta el momento de su renuncia". Resulta claro entonces que, cuando reclamó y le fueron entregadas las copias a que se ha hecho referencia, era empleada de la Beneficencia.

Además, ella al rendir testimonio hace aseveraciones como estas:

"Estuve vinculada al departamento jurídico (se está refiriendo a la Beneficencia de Cundinamarca) desde el mes de julio de mil novecientos setenta y seis hasta el mes de abril de mil novecientos ochenta y uno".

Y al inquirírsele para que manifestara si la firma que aparece a vuelta del folio 87, después de la constancia "IV-20-79 recibí copias", es la suya, y si la cédula que ahí se señala corresponde a la de ella, contestó: "Sí es mi firma y la que suelo utilizar en todos mis actos y la cédula es la que me asignaron en la registraduría". Al preguntársele si tuvo algún reclamo en relación con el retiro de las copias, respondió:

"En relación al retiro de las copias del proceso de pertenencia de Ricardo Vanegas Sierra, nunca tuve reclamo alguno por parte de mis superiores". (Las subrayas son de ahora).

14. Desde luego que en ninguna parte de su declaración Sol Angel dice que le hubiera hecho entrega de las copias directamente al síndico Gerente de la Beneficencia. Sencillamente manifiesta: "Una vez entregadas las copias y los documentos de los procesos los entregaba a la Oficina Jurídica, ya fuera al Director de la División, o al Jefe de la División o a los otros abogados auxiliares".

¿Pero puede deducirse de ahí, como arguye el revisionista que "se desdibujó el supuesto y se probó que el síndico sólo tuvo conocimiento del proceso de pertenencia en virtud de la notificación que se le hizo del juicio reivindicatorio de la sociedad Construcciones Santa María contra la entidad", lo cual ocurrió el día 25 de octubre de 1977?

No es de entenderlo así, porque si el síndico gerente reclamaba las copias del juzgado que conoció del proceso de pertenencia, era, elemental resulta suponerlo, porque tenía interés en adentrarse en el examen de ellas. Por algo las reclamó de modo directo.

Pero si de los términos de la solicitud que firmó el síndico gerente se desprende precisamente que éste tenía conocimiento del proceso de pertenencia, desde antes de que le fuera notificada la demanda en el reivindicatorio de Construcciones Santa María, puesto que en el oficio en que se hace el pedimento, el 28 de marzo de 1979, se dice: "Atentamente solicito de usted se sirva ordenar a quien corresponda el desarchivo del proceso ordinario de pertenencia de Ricardo Vanegas Sierra y otros contra la Beneficencia de Cundinamarca, y me sean expedidas copias de todo lo actuado dentro del proceso".

¿Cómo sostener entonces que ignoraba la existencia de ese proceso si apenas vino a tener noticia de él cuando se inició el reivindicatorio? Más aún, tómese nota de que la pertenencia de Ricardo Vanegas Sierra y otros, efectivamente adelantada en el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá, apuntó contra personas indeterminadas, y, sin embargo, tan informado estaba al respecto el síndico Gerente de la Beneficencia de Cundinamarca que daba por sentado, antes de conocer las copias del proceso, que en realidad la demandada tenía que haber sido la entidad que él representaba. ¿Por qué? Porque tenía indudablemente conocimiento de que en el proceso se había decidido sobre un predio que la Beneficencia consideraba como de su propiedad. Y tan informado estaba del proceso que por cierto sabía además que ya se encontraba en el "archivo".

Sencillamente la Beneficencia no tomó cartas oportunamente en el asunto. Tanto, es así que ni siquiera mostró su preocupación cuando el 25 de octubre de 1979 le fue notificada la demanda de reivindicación. Como que el recurso de revisión, sin disculpas valederas, se demoró en ser propuesto hasta el 24 de octubre de 1981. Un día antes de vencerse el término, si éste debiera de ser contado a partir de la primera fecha en referencia.

15. Viene de todo lo dicho que la Beneficencia de Cundinamarca conoció de la existencia del proceso de pertenencia al menos desde el 28 de marzo de 1979, cuando ya sabía que se encontraba archivado. Y para conocer los términos de la sentencia en él proferida, que para otra finalidad precisamente fueron reclamadas sus copias, que fueron recibidas por una abogada de la institución el 20 de abril de 1979. Es inane pretender, como alega el recurrente, que únicamente vino a percatarse la Beneficencia el 25 de octubre de 1979.

Luego transcurrieron sobrados los dos años que, a la luz del inciso 2º del artículo 381 del Código de Procedimiento Civil, originan el fenómeno de la caducidad de la causal alegada.

Héctor Gómez Uribe.

REGIMEN DE LOS BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

RECTIFICACION DOCTRINARIA. **Al entrar en vigencia, el 1º de enero de 1983, la Ley 28 de 1932, surgió una jurisprudencia válida sólo para el tránsito de legislación. Jurisprudencia actual.**

CASACION

VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL. **La interpretación errónea se da únicamente en la violación por la vía directa y por tanto descaría la cuestión de hecho.**

Corte Supreme de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

Bogotá, D. E., 6 de agosto de 1985.

Se procede a decidir sobre el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, dentro del ordinario de Yolanda Guardiola de Labarcés Pallares frente a Rolando Enrique Mozo Jiménez.

ANTECEDENTES

1. La demandante es casada católicamente con Heberto Labarcés Pallares, unión celebrada el 12 de octubre de 1958.

Durante la vigencia de la sociedad conyugal, Labarcés, mediante Escritura pública número 903 del 10 de septiembre de 1971, otorgada en la Notaría Segunda de Santa Marta, adquirió un inmueble en el perímetro urbano de la dicha ciudad, casa distinguida con el número 12-44 de la calle 27, cuyos linderos se especifican debidamente.

Tal bien se afirma en la demanda que, con miras a sustraerlo de la partición en el proceso de separación que le instauró Yolanda, fue trans-

ferido por Heberto a Mozo Jiménez, el demandado, por medio de Escritura pública número 1921 del 3 de diciembre de 1979, corrida en la Notaría Primera del mismo Círculo de Santa Marta.

La demandante considera que tiene derecho a pedir la rescisión de tal compraventa, que atenta contra lo "que le corresponde como socia", por cuanto se efectuó por valor de $ 100.000.00, cuando su precio real, según los peritos, era el de $ 1.200.000.00.

2. Así que, con fundamento en lo que suscitamente se deja expuesto, demandó ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santa Marta que profiriera estos pronunciamientos que así mismo se presentan en síntesis:

1º Que es nula "por lesión enorme la venta efectuada por Heberto Labarcés Pallares a Rolando Enrique Mozo Jiménez", del inmueble a que se ha hecho referencia.

2º Que, por consiguiente, "queda rescindido, por el vicio de nulidad, el contrato de compraventa", "con las consecuencias previstas por la ley".

3º Que se declare que la demandante "tiene derecho para que le sean restituidos sus derechos como cónyuge o miembro de la sociedad conyugal".

4º Que se tenga al demandado como responsable de los perjuicios que haya podido sufrir la demandante.

5º Que, en subsidio, se condene al demandado a "que pague o complete el justo precio", en el término que se le fije.

6º Que se ordene la inscripción de la sentencia y la cancelación del registro de la mencionada Escritura 1921 de 3 de diciembre de 1979.

7º Que se condene al demandado a pagar las costas del proceso.

3. Admitida la demanda, por auto del 1º de octubre de 1980, y corrido su traslado, a ella se opuso el demandado, negándole legitimación en la causa a la demandante y advirtiendo que, como consta en certificado de registro que allega, él transfirió el inmueble a Eneida Morales de Palencia (Escritura número 498 del 3 de abril de 1980, de la Notaría Primera de Santa Marta).

4. Rituada la primera instancia, el juzgado del conocimiento consideró que la demandante carecía de personería para exigir la prestación frente al demandado, y en consecuencia, negó las súplicas impetradas y condenó en costas a aquélla.

5. Apeló la demandante y el Tribunal, aunque por razón diferente, confirmó la decisión del *a quo*, condena en costas para la recurrente.

La sentencia impugnada

Después de breve relación de autos, entra el *ad quem* en consideraciones sobre la cuestión planteada, sobre la cual hace precisiones que se exponen en resumen.

Delanteramente, señala cuáles son los presupuestos de la lesión enorme a la luz de los artículos 1946, 1947, 1948 y 1949 del Código Civil, encontrando que en el evento de esta litis a la demandante le asiste el derecho para invocarla, "en virtud de que el cónyuge vendió un inmueble perteneciente a la sociedad conyugal", de la cual es ella "uno de sus principales socios por voluntad de la ley", siendo entonces claro que de no tener la acción no podría evitar "un enriquecimiento sin causa" por parte de él y a costa suya.

Sin embargo, encuentra el Tribunal que la pretensión no puede prosperar por razón de que al ser elevada ya el demandante había transferido el inmueble; ya que es entendido que la acción por lesión enorme es personal, que no real, por lo que el demandante no puede seguir "la cosa hasta donde se encuentre, o sea, para pedirla de quien la tenga".

De ahí que, rememora, haya dicho el tratadista Jaime Rodríguez Fonnegra:

"Como la lesión enorme no da acción contra terceros poseedores en caso de que el comprador haya enajenado la cosa, el vendedor lesionado puede exigir del comprador, mediante acción puramente personal, que le entregue la diferencia entre el precio de compra y el de venta que el comprador ha efectuado, hasta concurrencia de nueve décimas del valor de la finca al tiempo del contrato" ("Del Contrato de Compraventa y Materias Aledañas", Pág. 100).

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

1. Un solo cargo se enfila contra la sentencia impugnada que se hace consistir por el censor en "violación directa de la ley sustancial (causal primera) por interpretación errónea del artículo 1951 del Código Civil", a más de otras disposiciones "que se señalarán a continuación" todas de la misma obra:

Artículos 113, 176, 766, 1494, 1495, 1603, 1740, 1746, 1748, 1781, 1804, 1824, 1825, 1871, y, el 8º de la Ley 153 de 1887.

2. En desarrollo de la acusación se dice:

El inciso final del artículo 1951 del Código Civil era "perfectamente aplicable al caso de autos", puesto que la demandante tenía "interés jurídico" para intentar "la acción de rescisión por lesión enorme o en subsidio" tenía derecho "al complemento del pago", en razón de que "por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges" y está perfectamente demostrado en autos que entre ella y el vendedor se había contraído el vínculo, que se encuentra vigente.

"Si se mira la demanda" se observa "que la petición principal fue la de que se rescindiera por lesión enorme la compraventa", y, en subsidio (ver petición o pretensión quinta), que se pagara o completara "el justo precio" en el término que se le fijara oportunamente. "Luego, subsidiariamente, en la petición quinta sí se pidió el 'complemento de pago' en el evento de que el inmueble se hubiese enajenado a una tercera

persona". Así que, "la petición de 'complemento de pago' sí se formuló y el Tribunal hizo caso omiso a esa petición diciendo que no iba a fallar *extra petita*". Por cierto que "a folio 21 hay prueba de que se insistió en la acción de complemento de pago como petición subsidiaria".

3. Y remata la censura, luego de advertir que las demás disposiciones legales señaladas "tienen incidencia en el punto controvertido", diciendo que, "según lo tiene definido la doctrina, habrá interpretación errónea, cuando, siendo la correspondiente (la norma), se la entendió sin embargo equivocadamente y así se la aplicó". Y a propósito cita el siguiente paso jurisprudencial de la Corte: "Interpretar erróneamente un precepto legal, es, pues, en casación, aplicarlo al caso alegado por ser el pertinente, pero atribuyéndole un sentido o alcance que no le corresponde" (CXLIII, 168).

SE CONSIDERA

1. A ojos vista aparece que el censor incurre en graves *fallas de técnica* en la proposición del cargo, las cuales son bastantes en orden a descartar su prosperidad.

2. Anuncia expresamente que lo formula por vía directa y es lo cierto que en su desarrollo, para sustentarlo, toma punto de apoyo en presunto yerro fáctico del sentenciador en la contemplación objetiva de la demanda.

3. Y por sabido se tiene a través de reiterada doctrina jurisprudencial de la Corte que *el quebranto directo de la norma sustancial supone, a contrario de lo que ocurre en el supuesto de la violación indirecta, que el fallador no haya pecado en la apreciación de las pruebas por yerro de hecho o de derecho, no encontrándose, pues, reparo que hacerle en la órbita de la cuestión fáctica.*

4. *Así que, "en la demostración de un cargo por violación directa, el recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya hecho el Tribunal. En tal evento la actividad dialéctica del impugnador tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales sustanciales que considere no aplicados, o aplicados indebidamente, o erróneamente interpretados, con absoluta prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el sentenciador haya hecho en relación con las pruebas" (CXLVI, 60 y 61). (Además, sentencias inéditas del 11 de octubre de 1977 y 27 de febrero de 1978, entre otras).*

5. A lo anterior cabe agregar, como a la vez lo ha reiterado esta Corporación, que *el concepto de violación por interpretación errónea*, que como se ha visto es el señalado por el recurrente, *descarta la estimación o la no estimación del acervo probatorio, ya que nace de la inteligencia abstracta de la norma pertinente que se aplica en la decisión de la controversia sometida a consideración del órgano jurisdiccional.*

6. *Porque, y así también lo ha sostenido la Corte con insistencia, interpretar erradamente una norma quiere significar que el fallador hizo*

actuar en orden a dosatar la litis un ordenamiento legal que era idóneo, pero otorgándole un alcance que en realidad no le correspondía. Vale decir, para la composición del litigio ha debido tener en cuenta el sentenciador el precepto cuya inteligencia se tiene por equivocada.

7. En el recurso que se despacha, mal cabe hablar de errónea interpretación del inciso 2º del artículo 1951 del Código Civil, cuando tal disposición no fue aplicada. Por el contrario, de manera expresa resaltó el Tribunal, que no le daba aplicación, puesto que en la demanda incoativa del proceso no se había invocado la hipótesis que la disposición contempla en el aspecto que de ésta se indica.

8. *De otro lado, al aludir al artículo 1951 surge sin lugar a hesitación, que la acusación se quedó corta en el campo que tenía que abarcar, puesto que necesariamente para ser completa debía haber puesto mira así mismo en los artículos 1946 y 1947 del estatuto sustantivo (Código Civil), normas estas que son precisamente las que estructuran jurídicamente el fenómeno de la rescisión del contrato de compraventa por el fenómeno de la lesión enorme.*

9. *Para ser cabal la censura, era imperioso por supuesto que se fulminara contra esas normas sustanciales que por ser interdependientes entre sí con la que fue atacada, forman lo que en la técnica se ha llamado proposición jurídica completa. "Si el recurrente no plantea tal proposición, señalando como vulneradas todos los textos que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano" (Sent. del 15 de febrero de 1974).*

Viene de todo lo dicho que el cargo no prospera, es inane.

10. *No empece a la improsperidad de la censura por fallas técnicas en su formulación, la Corte habrá de hacer rectificación doctrinaria en lo que toca con el aspecto fundamental desarrollado por el sentenciador en el fallo impugnado.*

El ad quem, en orden a sostener que la demandante estaba asistida de legitimación en la causa, trajo en apoyo pasos jurisprudenciales de la Corte sentados en pronunciamiento del 20 de octubre de 1937 (XLV).

Pero sucede que la cita a que se alude atañe exclusivamente al tránsito de legislación que se originó sobre el particular, régimen de bienes de la sociedad conyugal, al entrar en vigencia, el 1º de enero de 1933, la Ley 28 de 1932.

En modo alguno tocan esos pasajes del pensamiento de la Corte con lo que respecta a la situación que sobre el punto en cuestión impera dentro del nuevo estatuto legal para las sociedades conyugales constituidas con posterioridad a su entrada en vigencia.

11. *De conformidad con el artículo 1º de la Ley 28, durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene facultad para administrar los bienes que le pertenezcan al momento de contraer matrimonio y los que luego adquiera por cualquier causa, como a la vez tiene libertad para disponer de ellos. Lo que no obsta, según términos de la misma norma, para*

que, a la disolución del matrimonio, o en cualquier otro evento en que deba liquidarse la sociedad conyugal (Art. 25 de la Ley 1ª de 1976), sea preciso considerar "que los cónyuges han tenido esa sociedad desde la celebración del matrimonio", debiéndose proceder en consecuencia a su liquidación.

12. *Refiriéndose a la citada Ley 28, ha reiterado la Corte, según sentencia del 8 de junio de 1967:*

"Si ésto es así", como dispone el artículo 1º del estatuto legal, "síguese que, por regla general, mientras no se disuelva dicha sociedad, ninguno de los cónyuges puede atacar los actos celebrados por el otro, pues si fuera permitido hacerlo antes ésto conduciría, en el fondo, a anular la facultad que la misma ley concede a cada uno de ellos para disponer libremente de los bienes que adquiera durante la unión matrimonial.

"Se dice por regla general, porque la jurisprudencia ha aceptado que aun antes de la disolución puede surgir el interés del cónyuge para demandar la simulación cuando con anterioridad a la presentación de esta demanda, ha pedido la separación de bienes u objeto de que, al decretarse, queden sometidos al régimen de la liquidación de los gananciales todos los que no hayan salido real y legítimamente del haber de la sociedad conyugal (LXXIX, 757)".

13. *En el evento de esta litis no se contempla el supuesto excepcivo a que se refiere la Corporación, explicable desde luego por cuanto mediante el contrato simulado no se origina realmente transferencia del derecho de dominio. Se trata de acción de rescisión por lesión enorme, acto negocial en que no entra en juego la realidad de la transmisión patrimonial, así haya originado perjuicio a una de las partes, vendedor o comprador, por ausencia de justa equiparidad en las prestaciones recíprocas, dados los extremos previstos en el artículo 1947 del Código Civil.*

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia a que se ha hecho mérito.

Sin costas en el recurso por haberse hecho rectificación doctrinaria.

Cópiese y notifíquese.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

El alcance del concurso activo de las culpas en la causación de los daños irrogados a otro. La solidaridad. Relaciones internas entre el codeudor que indemniza a la víctima y los demás responsables solidarios del daño.

CORRECCION MONETARIA

En la indemnización por culpa aquiliana.

VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL

ERROR DE HECHO. En la interpretación de los contratos. Requisitos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

Bogotá, D. E., 6 de agosto de 1985.

Decídese el recurso de casación interpuesto por las demandadas contra la sentencia de 4 de julio de 1983, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario adelantado por Victoriano Velilla Restrepo, Socorro Moreno de Velilla, Adolfo Naranjo Fernández, Pilar Velilla Moreno de Naranjo y Carlos Rossie Blanco contra Cooperativa de Habitaciones para Empleados Limitada o Cooperativa de Habitaciones Limitada, Cooperativa Odontológica de Antioquia Limitada y Cooperativa de Trabajadores de Antioquia Limitada.

ANTECEDENTES

I. Ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín, solicitaron los mencionados demandantes que con audiencia de las cooperativas dichas, se hiciesen las declaraciones principales o subsidiarias siguientes:

PRINCIPALES

Que las demandadas son civil y solidariamente responsables del valor de los perjuicios ocasionados a los demandantes, los que ascienden a la suma de siete millones de pesos ($ 7.000.000.00), "o lo que en su defecto mayor o menor apareciera probado en el proceso".

PRIMERA SUBSIDIARIA

Que las demandadas son civil y solidariamente responsables del valor de los perjuicios causados a los demandantes, que se concretan en la suma de siete millones de pesos ($ 7.000.000.00), distribuidos así:

a) Para Victoriano Velilla Restrepo y Socorro Moreno de Velilla, la suma de cinco millones cuatrocientos mil pesos ($ 5.400.000.00);

b) Para Adolfo Naranjo Ferrández y Pilar Velilla Moreno de Naranjo, la cantidad de un millón de pesos ($ 1.000.000.00);

c) Para Carlos Rossie Blanco, la suma de seiscientos mil pesos ($ 600.000.00); "o las cantidades, mayores o menores, y con la distribución que se probare".

SEGUNDA SUBSIDIARIA

Que las demandadas son civil y solidariamente responsables de todos los daños y perjuicios causados, liquidables con sujeción al trámite del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Que se condene en costas a las cooperativas demandadas.

11. Como hechos fundamentales de las pretensiones se destacan los siguientes:

a) Victoriano Velilla Restrepo y su cónyuge Socorro Moreno de Velilla son copropietarios de un inmueble situado en la ciudad de Medellín, en la calle Caracas, distinguido con el número 45-51, consistente en un lote de terreno y casa de habitación en él levantada, edificación esta provista de varias alcobas, biblioteca, cocina, patios, corredores, piscina, etc., o sea, confortable, que los propietarios empezaron a ocupar desde el 24 de septiembre de 1970, fecha de su adquisición;

b) La Cooperativa de Trabajadores de Antioquia Limitada fue propietaria y poseedora hasta el mes de marzo de 1978 de un lote de terreno que limita por el costado occidental con el predio perteneciente a los cónyuges Velilla Moreno, y luego aquel inmueble fue adquirido el 31 de marzo del año antes citado por la Cooperativa de Habitaciones para Empleados Limitada y Cooperativa Odontológica de Antioquia Limitada, según Escritura pública número 565 de la Notaría Segunda de Medellín;

c) En el mes de junio de 1974, la Cooperativa de Trabajadores de Antioquia Limitada, inició en el predio descrito en el hecho tercero de la demanda la construcción de un edificio de 20 pisos, denominado Centro Caracas, sin que la referida Cooperativa hubiese intentado prudentemente

establecer contacto con los cónyuges Velilla Moreno, colindantes del predio en construcción, "con miras a evitar las molestias y daños que pudiese ocasionar tan voluminosa obra, lo que tampoco hicieron las otras dos cooperativas que adquirieron ese inmueble y edificio en construcción";

d) Desde el momento en que se inició la construcción el edificio Centro Caracas, sin que se hubiesen tomado medidas de seguridad respecto de la caída de materiales y "descavamiento de cimientos en la propiedad vecina", se hizo imposible la vida de la familia Velilla Moreno, pues para el mes de octubre de 1974, "los techos y los muros de la propiedad descrita en el numeral primero —de la demanda—, estaban falseados, especialmente los de las alcobas que dan al muro medianero entre ambos inmuebles, los pisos comenzaron a hundirse, las rajaduras aparecieron por todas partes, surgieron humedades a granel y la residencia se hizo prácticamente inhabitable", desentendiéndose la cooperativa de las reclamaciones que formularon los cónyuges Velilla Moreno para que cesara tan reprochable abuso, lo que a la postre originó que la citada familia tuviese que tomar en arriendo, por el mes de octubre del citado año, otra casa, a un costo de veinte mil pesos ($20.000.00) mensuales;

e) Empero, los deterioros del inmueble perteneciente a los cónyuges Velilla Moreno continuaron en aumento, "hasta el punto de que la casa prácticamente ha sido destruida, la piscina fue completamente falseada y agrietada, no valió reparación alguna y hubo necesidad de taparla ... ni han valido las reparaciones que para mantenerlo medianamente en buen estado se han intentado y practicado permanentemente por los Velilla Moreno, para evitar su destrucción total, y todo por causa exclusiva de la forma irresponsable y dañina como se ha adelantado la construcción del edificio Centro Caracas por las cooperativas demandadas";

f) Por la impericia y negligencia en que han incurrido en la construcción del edificio las cooperativas demandadas, han dejado "prácticamente sin residencia a la familia Velilla Moreno y arriesga no sólo la construcción de la casa, sino la vida de quien se atreva a ingresar a la misma";

g) "La construcción de cualquier edificio pero más aún de la magnitud del 'Centro Caracas', que han ejecutado y ejecutan las demandadas, el inmueble de los esposos Velilla Moreno debe y tiene como causa única y exclusiva del deterioro que la construcción del edificio precitado, que han realizado las demandadas, que aún no concluye, y la forma irresponsable como lo han hecho, lo que exige su reparación total y la indemnización de todos los perjuicios ocasionados a mis representados por la malicia y negligencia de las llamadas a juicio, en el desenvolvimiento de tan peligrosa actividad";

h) La construcción del edificio Centro Caracas se inició por la Cooperativa de Trabajadores de Antioquia Limitada en el mes de julio de 1974, ente este que dirigió y ejecutó la obra hasta marzo de 1978, cuando vendió el inmueble, junto con la construcción empezada, a la Cooperativa de Habitaciones para Empleados Limitada y a la Cooperativa Odontológica de Antioquia Limitada, las que de inmediato procedieron a continuar la construcción del edificio, con la misma lentitud e irresponsa-

bilidad, por lo que todas las cooperativas son solidariamente responsables de los perjuicios causados al matrimonio Velilla Moreno;

i) A raíz de la desocupación de la casa habitada por los Velilla Moreno, éstos entregaron a Adolfo Naranjo Fernández y Pilar Velilla de Naranjo, a título de comodato precario, una parte del inmueble, para el funcionamiento de un establecimiento de comercio denominado "Letras, Ediciones y Publicaciones" y, el resto de la casa, a igual título se lo entregaron a Carlos Enrique Rossie Blanco para el funcionamiento de la "Academia de Computadores Programar", todo lo cual tuvo ocurrencia "en julio de 1975 y agosto de 1977", los que luego se vieron compelidos, por causa de la construcción del Centro Caracas, a desocupar el inmueble y a tomar otro en arrendamiento, causándoles los consiguientes perjuicios;

j) "El estado de deterioro de la casa descrita en el numeral primero, es de tal magnitud, que colocarla en la situación anterior, que existía a la construcción del edificio 'Centro Caracas', aparte de lo difícil, representa un valor económico superior a los cinco millones de pesos ($ 5.000.000.00), ya que los cimientos están alterados, las paredes también aparecen falseadas, las puertas desnivelladas, los pisos hundidos y quebrados, los techos rajados, con aberturas innumerables y goteras por todas partes, las pilastras cedidas, los muros con humedades, rajados y desnivelados, las cañerías destruidas, etc., la piscina que era de 7 x 4 metros, en baldosín y con filtros se rajó y hundió, hubo necesidad de taparla, las instalaciones eléctricas requieren reparaciones permanentes, etc., etc... Esta es la forma injusta como se coloca a un vecino por la forma imprudente, peligrosa, imperita e irresponsable como las cooperativas demandadas han asumido la construcción de su edificio 'Centro Caracas', que tipifica un claro abuso del derecho de vecindad y que exige se les imponga el deber de reparar en su totalidad los cuantiosos perjuicios causados, que en tales circunstancias hace que su culpa tan evidente incluso se presuma legalmente";

k) Tan insoportable situación, dio lugar a que la Inspección de Ornato y Control de Obras de la Secretaría de Gobierno del Municipio de Medellín decretase la suspensión de la construcción, "por las faltas de seguridad y por los daños" que venían causando a la propiedad de los cónyuges Velilla Moreno;

l) Después de una serie de conversaciones sostenidas con profesionales al servicio de la Cooperativa de Habitaciones para Empleados Limitada, Victoriano Velilla, en procura de obtener algún arreglo, en comunicación de mayo 15 de 1979, solicitó de esta última el pago de una suma muy inferior al valor de los perjuicios causados, a lo cual se le respondió negativamente mediante nota de 25 de mayo de 1979, agregando que si algún perjuicio ocurrió éste ya quedó indemnizado con el pago que hizo el 27 de agosto de 1975 la Cooperativa de Trabajadores de Antioquia Limitada, siendo que este pago apenas cubría el valor de los daños *causados en un muro;*

m) Ninguna de las cooperativas demandadas tomaron para la ejecución de la obra seguros de responsabilidad civil a terceros y, por demás, se desconoce si el Departamento Administrativo de Planeación y

Servicios Técnicos del Municipio de Medellín aprobó o no los planos para la construcción del edificio Centro Caracas.

III. Enteradas las demandadas de las pretensiones de los demandantes, consignaron sus respuestas, así:

a) La Cooperativa de Trabajadores de Antioquia Limitada negó la mayoría de los hechos y observó que "transó o arregló los perjuicios" que se reclaman en la suma de doscientos ochenta mil pesos ($ 280.000), según lo pone de presente el contrato suscrito entre las partes y el pago del cheque que se expidió con tal fin; que es cierto que fue dueña del predio descrito en el hecho tercero en donde inició la construcción de un edificio de varias plantas y luego de un receso en la construcción, lo dio en venta en el mes de marzo de 1978 a las otras dos cooperativas demandadas y desde entonces cesó toda responsabilidad por los perjuicios que pudieron ocasionarse posteriormente, por lo que culmina con oposición a las súplicas y con la formulación de las excepciones de transacción, pago, prescripción e "ineptitud sustantiva de la parte demandante y demandada";

b) Las Cooperativas de Habitaciones Limitada y Odontológica de Antioquia Limitada, negaron la mayoría de los hechos, aclarando que ciertamente adquirieron el inmueble de que trata el hecho tercero de la demanda, en el mes de marzo de 1978, el cual colinda con el descrito en el primero del libelo y en ese entonces conocieron el contrato de transacción; que han tomado las medidas necesarias y han procurado atender las inquietudes de la familia Velilla Moreno, aunque sin éxito; que no son solidarias con la otra cooperativa, por lo que culminaron con oposición a las pretensiones de la demanda y con la formulación de las excepciones que llamaron de "falta de legitimación en la causa por el aspecto pasivo y activo, inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, transacción, pago, prescripción extintiva de toda acción e inexistencia de la obligación".

IV. La Cooperativa de Habitaciones Limitada y la Cooperativa Odontológica de Antioquia Limitada, mediante escrito de 2 de noviembre de 1979, solicitaron se llamara en garantía a la Cooperativa de Trabajadores de Antioquia Limitada, a fin de que para el evento de que resultasen condenadas solidariamente al pago de perjuicios, se determinara "aquellos perjuicios de que cada una fuere responsable y la parte de la indemnización que a cada una le correspondía indemnizar".

V. Posteriormente la Cooperativa de Trabajadores de Antioquia Limitada llamó en garantía a las otras dos cooperativas demandadas, a fin de que se determinasen los perjuicios por los cuales debía responder cada una de las demandadas y la parte de la indemnización que debían cubrir, como quiera que la Cooperativa de Trabajadores, por una parte, al pagar a Victoriano Velilla la suma de $ 280.000.00, canceló el monto de los perjuicios causados y, por otra, no es responsable de los perjuicios posteriores a la venta de la construcción que pudieron causar las cooperativas llamadas en garantía.

VI. La primera instancia concluyó con fallo de 26 de febrero de 1982, en el que se hicieron los pronunciamientos siguientes:

"1º Absuélvese a la 'Cooperativa de Trabajadores de Antioquia, Coopetraban' de todas las pretensiones incoadas en su contra en la demanda instaurada por los señores Victoriano Velilla Restrepo y señora Socorro Moreno de Velilla, Adolfo Naranjo Fernández y señora Pilar Velilla Moreno de Naranjo, todos en sus propios nombres, los dos últimos en su carácter de coopropietarios del establecimiento de comercio denominado 'Letras, Ediciones y Publicaciones', y señor Carlos Enrique Blanco, quien obra en su propio nombre, pero en su carácter de propietario del establecimiento de comercio y educación denominado 'Academia de Computadores Programar'.

"2º Absuélvese a las Cooperativas de Habitaciones y Odontológica de Antioquia Limitada, de todas las pretensiones incoadas en la demanda por los señores Adolfo Naranjo Fernández, Pilar Velilla Moreno de Naranjo y Carlos Enrique Rossie Blanco.

"3º Declárase que las Cooperativas de Habitaciones y Odontológica de Antioquia Limitada, son civil y solidariamente responsables de daños inferidos en el inmueble de propiedad de los señores Victoriano Velilla Restrepo y Socorro Moreno de Velilla, desde que dichas entidades asumieron la construcción de edificio 'Centro Caracas', en el mes de agosto de 1978, en los términos expuestos en la parte motiva de este proveído.

"4º Condénase a las cooperativas anotadas en el numeral precedente, a pagar a los señores Velilla Moreno por concepto de daño emergente la suma de $ 396.000.00, dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de este fallo.

"5º Condénase a las mismas cooperativas a pagar a los actores Velilla Moreno, por concepto de lucro cesante, el valor de los intereses legales del total de las sumas señaladas anteriormente, producidos desde el mes de agosto de 1978 hasta cuando el pago se verifique.

"6º Absuélvese a las Cooperativas de Habitaciones y Odontológica de Antioquia Limitada, de las demás pretensiones incoadas por los cónyuges Velilla Moreno.

"7º Condénase a todos los demandantes a pagar a la Cooperativa de Trabajadores de Antioquia Limitada, las costas sufragadas por esta última.

"8º Condénase a Adolfo Naranjo Fernández, Pilar Velilla Moreno de Naranjo y Carlos E. Rossie Blanco, a pagar los gastos efectuados por las Cooperativas de Habitaciones y Odontológica de Antioquia Limitada.

"9º Condénase a las Cooperativas de Habitaciones y Odontológica de Antioquia Limitada a pagar los gastos sufragados por Victoriano Velilla Restrepo y Socorro Moreno de Velilla, pero rebajados a un treinta por ciento (30%), dado que la demanda prosperó parcialmente.

"10. Las liquidaciones se harán por separado, en favor de cada uno de los litigantes".

VII. El Tribunal, al resolver la apelación interpuesta por la parte demandante contra la decisión precedente, recurso al cual se adhirieron

la Cooperativa de Habitaciones Limitada y la Cooperativa Odontológica de Antioquia Limitada, decidió la segunda instancia con fallo de 4 de julio de 1983, en el cual hizo los pronunciamientos siguientes:

"1. Se rechazan las excepciones propuestas.

"2. Se rechaza la objeción por error grave formulada al dictamen ampliado en esta instancia.

"3. Se condena *en forma solidaria* a las tres cooperativas demandadas a pagar a Víctor Velilla y Socorro Moreno lo siguiente:

"A. La suma de $ 2.088.362.00 como valor de las reparaciones, lo cual harán dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

"B. Los arrendamientos que esos dos demandantes hayan tenido que pagar, teniendo como límite máximo la suma de $ 20.000.00 mensuales y fijando como fecha límite el 21 de septiembre de 1979.

"C. También pagarán las costas de ambas instancias sufridas por esos dos demandantes, pero en forma divisible.

"4. Condénase a las tres cooperativas demandadas *en forma solidaria* a pagar a Adolfo Naranjo y Pilar Velilla la suma de $ 132.768.75, lo cual harán dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. Se aclara que la que antes se llamó Cooperativa de Habitaciones para Empleados Limitada, actualmente se denomina Cooperativa de Habitaciones Limitada.

"Pagarán también las costas de ambas instancias sufragadas por estos dos demandantes, reducidas en un 50% y sin la nota de la solidaridad.

"5. Se absuelve a las tres cooperativas de las pretensiones formuladas por Enrique Rossic.

"Este les pagará las costas de ambas instancias que sufragaron por causa de sus pretensiones.

"6. Solamente lo dispuesto aquí es lo que debe cumplirse, y por ende el fallo de primera instancia se confirma en cuanto esté de acuerdo con lo aquí dispuesto, se revoca en cuanto le sea contrario y se reforma y adiciona de la manera como se dejó expuesto".

VIII. Inconformes las cooperativas demandadas con la resolución precedente, interpusieron contra ella el recurso extraordinario de casación.

IX. Luego, ante solicitud que le formularan la Cooperativa de Habitaciones Limitada y la Cooperativa de Antioquia Limitada sobre la circunstancia de haber omitido el *ad quem* pronunciarse sobre el llamamiento en garantía que dichas cooperativas hicieron a la demandada Cooperativa de Trabajadores de Antioquia Limitada, el Tribunal, en sentencia complementaria de 12 de septiembre de 1983, dispuso "que las obligaciones que han de pagar las tres cooperativas demandadas en forma solidaria conforme a la decisión que se complemente, se dividirán entre

ellas por partes iguales para efectos meramente internos entre las codeudoras".

X. Contra la decisión precedente sólo interpusieron el recurso de casación las dos cooperativas que pidieron la adición de la sentencia.

LA SENTENCIA ACUSADA

Comienza el Tribunal por sentar que los cónyuges Victoriano Velilla y Socorro Moreno están legitimados para reclamar en su calidad de dueños y poseedores "de la residencia que sufrió los daños", la correspondiente indemnización.

Pasa el fallo a examinar lo atinente a la construcción que en un principio se denominó "Edificio Coopetraban" y después "Edificio Caracas" y dice que es indudable que las tres cooperativas demandadas levantaron tal edificación, observando que las obras se principiaron por parte de la Cooperativa de Trabajadores de Antioquia en el mes de junio de 1974, se suspendieron en noviembre del año siguiente, "pero en abril de 1978 adquirieron el predio las otras dos cooperativas y continuaron la empresa como lo reconocen ellas al responder la demanda".

Pasa luego el Tribunal a examinar los perjuicios ocasionados y deriva su existencia de los dictámenes practicados en las instancias y de los testimonios rendidos por Martha Inez Peláez G., Luis Fernando Mejía, Piedad del Socorro Correa, Alfonso Córdoba Gaviria, María Núñez Lapeira, Hilda María Arango, Oscar Jaime Obando, Hernando de Jesús Maya Posada y Luis Gonzalo Llano.

Refiriéndose a las causas que originaron el daño, deduce con fundamento en testimonios técnicos y en la prueba pericial, que tienen por venero la excesiva profundidad de las excavaciones y el peso de la edificación levantada, o sea, todo el proceso de construcción, pues los expertos no sólo atribuyen la causa a la excavación que se hizo de ocho metros de profundidad por haber sobrepasado el "nivel freático", sino también por el nuevo peso adquirido por la construcción. Y sobre la responsabilidad de los perjuicios por parte de las demandadas, fundándose en la misma prueba y en la presunción contenida en el artículo 2356 del Código Civil dice que "una construcción como la emprendida por las demandadas tiene carácter de actividad peligrosa, y si bien en los daños la responsabilidad se presume a cargo de los constructores... En el presente caso no solamente juega esa presunción, sino que se demostró negligencia grave, pues las cooperativas emprendieron una obra que requería rigurosos estudios previos y medidas estrictas", lo cual no se hizo como exterioriza el dictamen rendido por los expertos Javier Hincapié y Ana Lucía Duque, porque "no era suficiente el recintado y ni siquiera el muro que se construyó, sino que era necesario reemplazar la pared medianera por otro muro apoyado sobre el de contención, dada la profundidad del sótano y la mole de 21 pisos que se proyectaba... Si esa medida no se tomó ha de concluirse que hubo un error grave, pues como se ha dicho se necesitaban estudios ponderados y medidas estrictas, todo lo cual debe estar al alcance de quien emprenda una obra de esas proporciones".

A continuación se ocupa el Tribunal de la excepción de transacción formulada por las cooperativas demandadas al contestar la demanda y en el punto, luego de transcribir el documento contentivo de tal convención, sentó las reflexiones siguientes:

"A. Fue celebrada la transacción el 27 de agosto de 1975, y se dijo que la casa sería nuevamente ocupada por el señor Velilla 'dentro de algunos meses, cuando ya considere que no exista el peligro antes anotado'. Es decir, Coopetraban se comprometía indiscutiblemente a construir las obras en pocos meses para que cesara todo peligro, y sin embargo, ya vimos que sólo en 1980 se terminó la construcción del edificio y hasta ese año continuaron los peligros y las molestias.

"B. Se obligó Coopetraban a construir un muro de contención, pero ya hemos visto que ese no era de ningún provecho para atajar los perjuicios, pues ellos continuaron por las excavaciones y por la misma construcción lenta del edificio.

"C. En el literal f) de la transacción se acordó la suma de $ 280.000 que pagaría Coopetraban como indemnización por el lucro cesante 'y el que pueda tener en adelante por los perjuicios de cualquier otra naturaleza que le puedan sobrevenir por la ejecución de los trabajos antes mencionados'.

"Hemos de puntualizar que 'los trabajos antes mencionados' eran el muro de contención, dos muros 'divisorios' que serían construidos, uno en cada lote por cuenta y riesgo de cada una de las partes.

"Esas eran las obras por cuya construcción asumía los riesgos Víctor Velilla, pero ya hemos visto que los perjuicios sobrevenidos con posterioridad y que se agravaron por causa de las excavaciones que continuaron por debajo de la 'napa' o nivel 'freático', y además por el peso del edificio que fue aumentado a medida que se levantaba, y hemos de advertir que esas dos circunstancias no quedaron previstas en la transacción. Muy por el contrario, consideraron las partes que de inmediato, y sobre lo ya excavado se levantaría el muro de contención, los otros dos muros 'divisorios', lo cual si se hubiera hecho, los perjuicios no se habrían agravado. Empero, se repite, esos perjuicios cobraron proporción y tamaño desmesurado debido a la excavación por debajo de la 'napa' y también debido a los veintiún pisos que fueron montados, las cuales dos causas trajeron los daños, como lo dicen los dos peritos nombrados para la segunda instancia.

"Ahora bien, si esa mayor profundidad y ese nuevo peso que agregaron los pisos fueron circunstancias no previstas en la transacción como eximentes de responsabilidad, ha de concluirse que de ello sí responde Coopetraban y las otras dos cooperativas en la forma como se dirá más adelante.

"Se argüirá que luego de la transacción la profundidad del sótano quedó igual y así es nueva causa que no debería tenerse en cuenta. A ello se responde, en primer lugar, que según los testigos antes analizados las aguas aparecieron posteriormente, lo cual indica que se bajó más allá del nivel 'freático', según lo dicho antes. En segundo lugar, aun suponiendo

que ya para el momento de la transacción se hubiese bajado, en la construcción del muro no se tomaron las medidas necesarias, pues ya hemos dicho que aún en 1979 continuaron fluyendo las aguas desde el inmueble dañado y era necesario bombearlas. Entonces el muro se construyó defectuosamente y de todas maneras los perjuicios no cesaron 'en pocos meses' como era lo previsto en el contrato.

"Además, se insiste, también los pisos que fueron levantándose posteriormente influyeron decididamente en la producción de los daños, y esta era una causal no prevista en la transacción como eximente de responsabilidad.

"De lo dicho podemos concluir que la suma de $ 280.000.00 prevista como indemnización, era para cubrir los daños provenientes de un muro que se levantaría y de las excavaciones hechas hasta ese momento. Los demás perjuicios provenientes de otras causas quedaron por fuera de la convención.

"En verdad, es imposible separar los daños que quedaron comprendidos en el acuerdo de los que se dejaron por fuera. Ante esa imposibilidad es equitativo entender que la suma fijada se consideró suficiente indemnización de los perjuicios previstos y así fueron avaluados por ambas partes. El excedente significa la suma por los perjuicios no previstos en el contrato, y así para saber qué es lo que deben pagar las demandadas resulta suficiente sustraer los $ 280.000.00 del total que fijaron los peritos".

Aborda enseguida el Tribunal el tema del monto de la indemnización a que tienen derecho los cónyuges demandantes Velilla Moreno por el perjuicio ocasionado por la actividad de las cooperativas demandadas y, respecto del daño emergente expresa que debe acogerse el dictamen que tuvo en cuenta la desvalorización monetaria, que lo fijaron en la suma de $ 2.318.361.00, por ser esta cantidad "el valor actualizado que se gastará en las operaciones de reconstrucción", deduciéndose de la misma la suma de $ 280.000.00 que pagó con motivo de la transacción. Y con relación al lucro cesante afirma que visto que los actores han venido pagando un canon de arrendamiento por la residencia que ocupan actualmente, la condena debe hacerse en abstracto, a virtud de que no aparece prueba satisfactoria en el proceso respecto del monto de la suma pagada ni de la época en que comenzó a pagarse la renta. Empero, el monto "cubrirá el tiempo que va hasta el 21 de septiembre de 1979, día en que se presentó la demanda", sin que pueda "exceder de $ 20.000.00 mensuales debido a que esta fue la suma fijada en el hecho séptimo de la demanda". Y agrega el sentenciador *ad quem* que los "arrendamientos pagados hasta el día de la demanda, serán todos a cargo de las demandadas, pues aunque en el monto de $ 280.000.00 ya estaba comprendido un lucro cesante por algunos meses, todo se ha restado ya del valor de las reparaciones".

En cuanto a la indemnización reclamada por Adolfo Naranjo y Pilar Velilla, sólo los considera con derecho a reclamar, con respaldo en el artículo 2357 del Código Civil, la mitad del valor correspondiente al deterioro de la materia prima y la inversión en las obras que éstos hicieron, o sea, la suma de $ 132.768.75. En cambio, el demandante Carlos Enrique

Rossie, quien se alojó en la edificación a título de comodato precario y "mientras conseguían una casa en que pudieran establecer en forma un negocio, no le asiste" razón para demandar perjuicios.

Aborda el Tribunal enseguida la solidaridad en que se encuentran las cooperativas demandadas de responder por el valor de los perjuicios causados, y en el punto dice "que la conexidad en las culpas hace que se tenga como una sola" y su soporte legal lo encuentra en los artículos 983 y 2344 del Código Civil y en la doctrina de la Corte contenida en el fallo de 30 de abril de 1976.

Luego entra el Tribunal a ocuparse de las excepciones propuestas, las cuales encuentra que no proceden. Finalmente el Tribunal, con respaldo en las consideraciones sentadas, entra en explicaciones sobre las decisiones tomadas por el *a quo* y confirmadas, revocadas y reformadas así:

"En su numeral primero absolvió a Coopetraban de los cargos que le formularon todos los demandantes. Empero, hemos visto ya en el numeral 6º cuál es la responsabilidad que le corresponde frente al matrimonio Velilla Moreno, y en el numeral 7º la que le corresponde frente a Adolfo Naranjo y Pilar Velilla. Deberá revocarse en esa parte y confirmarse en cuanto a Enrique Rossie conforme a lo visto en el numeral 8º de la parte motiva.

"En el numeral segundo absuelve a las Cooperativas de Habitaciones y Odontológica de Antioquia de las pretensiones incoadas por Adolfo Naranjo, Pilar Velilla y Enrique Rossie. Debe confirmarse en cuanto a Enrique Rossie, pero revocarse en cuanto a Adolfo Naranjo y Pilar Velilla, según lo dicho en el numeral 7º de la parte motiva.

"En los numerales tercero y cuarto condenó a las Cooperativas de Habitaciones y Odontológica de Antioquia a pagar al matrimonio Velilla Moreno la suma de $ 396.000.00 y en el numeral quinto condenó a los intereses legales de esa suma a partir de agosto de 1978. Según el numeral 6º de la parte motiva de esta providencia, la decisión debe reformarse como se dirá después.

"En el numeral séptimo impuso las costas a favor de Coopetraban y a cargo de los demandantes. Ese numeral deberá ser parcialmente revocado y sólo confirmado en cuanto a Enrique Rossie.

"En el numeral 8º condenó a Adolfo Naranjo, Pilar Velilla y Enrique Rossie a pagar los gastos cumplidos por las cooperativas, numeral que debe ser también reformado.

"En el numeral noveno condenó a las Cooperativas de Habitaciones y Odontológica de Antioquia Limitada, a pagar los gastos que sufragaron Víctor Velilla y Socorro Moreno rebajados en un 30%. Ese numeral debe reformarse.

Y respecto de la sentencia complementaria, comienza el Tribunal por afirmar, con respaldo en el artículo 1579 del Código Civil, que al no existir en el proceso prueba que 'una de las cooperativas causó más perjuicio que otra', la obligación debe dividirse entre ellas por partes iguales".

Luego expresa el *ad quem* que "ha venido reclamándose por la Cooperativa de Trabajadores de Antioquia Limitada, por la suma de $ 280.000.00 que había cubierto. A ello se responde que esa persona jurídica transfirió a las otras dos el principio de construcción ya libre de toda indemnización en lo referente a la suma dicha, y así no puede pretender ahora que se le reconozca en la distribución de la deuda. Es que con posterioridad a ese pago la propia cooperativa reclamante continuó las obras y causó perjuicios adicionales, y precisamente debido a tal circunstancia se le impuso la condena solidaria".

LA IMPUGNACIÓN

Contra la sentencia que se deja extractada interpusieron el recurso extraordinario de casación las demandadas, el que sustentaron en forma separada, pues por una parte obra la demanda presentada por la Cooperativa de Habitaciones Limitada y Cooperativa Odontológica de Antioquia Limitada y, por otra, la demanda formulada por la Cooperativa de Trabajadores de Antioquia Limitada, hoy Cooperativa Nacional de Trabajadores Limitada "Coopetraban".

Por la conexidad que registran los cargos de una y otra demanda, la Corte despachará éstos conjuntamente y por grupos.

Cargo primero. De la demanda de la Cooperativa de Habitaciones y Cooperativa Odontológica.

Acusa la sentencia del Tribunal de quebranto directo de los artículos 1579 y 2343 del Código Civil, por aplicación indebida; 2344 del Código Civil, por interpretación errónea; y 983 del Código Civil, por aplicación indebida.

Comienza la censura por expresar que el Tribunal apreció bien que las únicas propietarias del edificio "Centro Caracas" fueron, de una parte, la Cooperativa de Trabajadores de Antioquia Limitada y, de otra parte, que es conjunta, la Cooperativa de Habitaciones y la Cooperativa Odontológica. Empero, al dar aplicación al artículo 1579 del Código Civil en su sentencia complementaria, dividió por tres la obligación de reparar los daños, siendo que ha debido hacerlo por dos, o sea el cincuenta por ciento (50%) para Coopetraban y el cincuenta por ciento (50%) para las otras dos cooperativas.

Pasando al punto de la condena solidaria, señala que la propia redacción del artículo 2344 del Código Civil, expresa que la solidaridad existe cuando es uno el mismo delito o culpa que se predica de varios demandados, es decir, cuando es uno mismo el hecho de donde dimana la responsabilidad, o cuando es el mismo daño el que se produce por la conducta culpable de varios demandados. Por consiguiente, la solidaridad no se ofrece cuando uno es el daño que procede de la acción u omisión culpable de una persona y otro el que proviene de acción u omisión negligente de sujeto distinto.

Luego la censura expresa que si bien la solidaridad puede existir aunque la culpa no se produzca simultáneamente, no se puede desconocer

que cuando hay daños que se produjeron antes de la actividad peligrosa de una segunda persona, como lo admite el Tribunal, ésta sea responsable de los hechos cometidos por la primera, puesto que sería una iniquidad comprometerla en un daño en donde no tuvo participación. En consecuencia, siendo que la Cooperativa de Habitaciones y la Cooperativa Odontológica compraron a la otra cooperativa el edificio y el terreno que lo sustenta, mucho después de que se habían producido los daños, como lo admite el demandante en los hechos sexto y decimocuarto y como lo acepta el Tribunal, resulta contrario al más elemental principio de equidad imponer una condena al pago de daños a quienes ciertamente no tuvieron la menor participación en su producción y que, de otro lado no son sucesores a título universal de quien causó el perjuicio. Porque la solidaridad puede predicarse de las Cooperativas de Habitaciones y Odontológica en cuanto al daño que éstas hubieren causado después de que compraron el edificio y reanudaron la construcción, mas no del acontecido con antelación al mes de marzo de 1978.

La censura, luego de transcribir los hechos sexto, decimocuarto y algunos pasajes del fallo del Tribunal, destaca que si el *ad quem* acepta que los daños ocasionados con anterioridad al mes de abril de 1978 fueron causados exclusivamente por culpa de la Cooperativa de Trabajadores de Antioquia, resulta injusto condenar solidariamente a su pago a quienes sólo iniciaron labores después del mes de abril de 1978 al continuar la edificación que estaba suspendida y cuando ya se habían producido casi todos los daños que reclaman los demandantes.

Insisten las cooperativas impugnantes que si el fallador de segundo grado acepta que después de iniciadas las excavaciones por Coopetraban y en todo caso antes de 1978, se produjeron daños en la piscina, en los muros medianeros, en los techos, en los pisos y en el derrumbamiento de un cuarto, resulta de todo ello que infringió, por interpretación errónea, el artículo 2344 del Código Civil, como también aplicó indebidamente el 983 *ibidem*, como quiera que este precepto regula una situación diferente.

Concluye el cargo pidiendo que si se acepta la impugnación final, se niegue la solidaridad; mas si sólo se admite la inicial, que la condena se divida por dos, entre la Cooperativa de Trabajadores de una parte y de otra las cooperativas restantes.

Cargo segundo. De la demanda de casación de la Cooperativa de Trabajadores de Antioquia Limitada.

Lo hace consistir en quebranto directo de los artículos 2344 del Código Civil, por interpretación errónea; 983, 1568, 1613, 1625, 1626 y 2343 del Código Civil, por aplicación indebida; 1581 y 1582 del Código Civil, por falta de aplicación.

Partiendo del supuesto de hecho no disentido y aceptado por el Tribunal de que la Cooperativa de Trabajadores de Antioquia Limitada adelantó la construcción del edificio entre el año de 1974 y el mes de marzo de 1978, y que con posterioridad a esta fecha la obra la continuó adelantando las otras dos cooperativas demandadas, se interpretó desacer-

tadamente el artículo 2344 del Código Civil, porque para que exista solidaridad se requiere "que sea uno mismo y único delito que haya sido cometido por dos o más personas; esto es, que el hecho de donde proviene el daño sea ejecutado por dos o más personas. En otras palabras, debe existir pluralidad de sujetos, pero unidad del hecho; si los hechos generadores de delitos o cuasidelitos son varios o independientes, como sucede en el presente caso, en que la actividad de construcción se cumplió por diferentes sujetos y en diferentes épocas, no existe solidaridad".

Con cita de un tratadista expresa que la simple conjunción material de hechos ilícitos desligados unos de otros no generan solidaridad, por lo que el Tribunal confundió "la conexidad de las operaciones" de Coopetraban con las de las demás cooperativas y, por ende, unificó las culpas, cuando realmente eran independientes. Por tanto, por haber interpretado erróneamente el artículo 2344 del Código Civil, quebrantó las demás normas señaladas en el cargo y por el sentido expresado en el mismo.

Se considera

1. Quien por fuera del campo contractual ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es apenas obvio que la ley le imponga al causante del perjuicio la obligación de indemnizar a la víctima, así el autor del hecho dañino se encuentre cumpliendo, en determinado evento, actividades innegablemente útiles y plausibles, porque si bien el ordenamiento lo autoriza para ejercer y lucrarse de su propio derecho, de otro lado lo constriñe a asumir una conducta prudente y, de tal manera, que no hiera o lesione injustamente los derechos de los demás.

2. En Colombia se recoge el principio generalizado fundamentalmente en el derecho occidental, consistente en que el que causa un daño a otro debe repararlo, postulado este que se encuentra traducido legalmente en los términos siguientes: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido" (Art. 2341 del C. C.).

3. La regla precedente, en armonía con otras de que trata el título 34 del Libro IV del Código Civil y con algunos preceptos de la legislación penal (Arts. 104 y 105), delimitan el campo de los legitimados activos y pasivos de la acción indemnizatoria, al sentar que por el primer aspecto le corresponde a quien ha sufrido el daño y, por el segundo, debe intentarse contra el autor del mismo.

4. Empero, en el desenvolvimiento de los hechos puede suceder que el daño se haya ocasionado por una única persona, como también puede acontecer que en su producción hayan concurrido o participado varias. La primera hipótesis es más simple que la segunda, como quiera que los titulares activo y pasivo de la acción, por ser únicos, se exteriorizan con mayor facilidad. Por el contrario, la segunda hipótesis, por ser más compleja, al intervenir varias personas en la ocurrencia del hecho dañino, la ley compromete solidariamente a los partícipes de todo el perjuicio proveniente del mismo delito o cuasidelito, al establecer en el artículo 2344

del Código Civil la regla siguiente: "Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo el perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvas las excepciones de los artículos 2350 y 2356".

5. Entonces, si por ministerio de la ley se establece que siendo varios los autores del daño cada uno de ellos será solidariamente responsable de todo perjuicio ocasionado con el hecho dañino, se tiene, con fundamento en la misma normatividad, que la víctima o acreedor queda facultado para exigir la totalidad del crédito respecto de todos los deudores solidarios conjuntamente, o igualmente por la totalidad contra cualquiera de ellos, a su arbitrio, sin que éstos puedan oponerle el beneficio de división (Arts. 1568 Inc. 2º y 1571 del C. C.).

6. *La Corte, en las diversas ocasiones en que se le ha sometido el tema de la pluralidad de autores en la producción del hecho dañino, originado en el mismo delito o culpa, y de su responsabilidad solidaria en la indemnización, ha precisado los alcances del artículo 2344 del Código Civil, en los términos siguientes:*

a) "Cuando hay de por medio varios responsables de un accidente, la obligación de resarcir los perjuicios es solidaria, lo que quiere decir que esos perjuicios se pueden reclamar de uno cualquiera de los responsables, según lo preceptúa el artículo 2344 del Código Civil, en armonía con el 1571. El que realiza el pago se subroga en la acción contra el otro u otros responsables, según el artículo 1579 y siguientes" (LXX, Pág. 317 y LXXII, Pág. 810);

b) "En numerosas ocasiones la jurisprudencia ha definido el alcance del concurso activo de las culpas en la causación de los daños irrogados a otro, en el sentido de declarar la responsabilidad in solidum *de todos aquellos cuya conducta culposa o negligente haya contribuido a la producción de esos daños, por lo cual no pueden ser recibidos a exculparse alegando la conducta igualmente censurable de sus copartícipes. Tal doctrina fluye con toda claridad de normas legales, como los artículos 2341 y 2344 del Código Civil, cuya aplicabilidad depende, entonces, de una simple regla de apreciación de los hechos, a saber: Si el daño se hubiere producido sin la conducta culposa a que se pretende atribuir, no hay responsabilidad; pero si esta conducta obra como causa única o concurrente, dicha responsabilidad queda configurada" (CXXIV, Pág. 411);*

c) "Según el artículo 2344, cuando dos o más personas incurren en un mismo ilícito responden solidariamente, así se trate de hechos instantáneos o de extensa duración. Lo que interesa para efectos de la solidaridad no es el proceso mismo causante del daño, sino su resultado. Por ejemplo: en el caso de homicidio cometido por varias personas en forma lenta y prolongada, como ocurre, verbigracia, cuando diaria y sistemáticamente se intoxica a alguien con veneno colocado clandestinamente en los alimentos que ingiere, es cierto que se trata de intervenciones distintas y separadas, dentro del proceso de agotamiento de la salud de la víctima, pero constituyen apenas etapas en la producción de un resultado único: la muerte. Con sobrada razón debió prever el legislador colombiano que, en eventos como el ejemplo dado, no pueden nacer obligaciones de indemnizar sim-

plemente conjuntas, esto es, de objeto divisible, sino obligaciones solidarias. El vínculo entre los agentes del hecho ilícito prolongado, y su víctima, tiene que ser uno solo, por el todo, sin perjuicio del commodum entre los deudores, o sea, la repartición de la indemnización, una vez pagada por cualquiera de ellos, en justas proporciones entre los mismos, problema que en manera alguna atañe a la víctima acreedora, en cuyos derechos se subroga el deudor que paga la indemnización in integrum *(Art. 1579 C. C.)". (Cas. Civ. de 30 de abril de 1976, CLII, 123).*

7. *La doctrina foránea, como la francesa, en donde no existe un texto legal que proclame la responsabilidad solidaria por la indemnización de los perjuicios provenientes de un delito o cuasidelito cuando es cometido por varias personas, semejante al artículo 2344 del Código Civil Colombiano, tal circunstancia no ha sido óbice para que los tribunales de dicho país y los tratadistas más autorizados se hayan inclinado, en principio, por la responsabilidad solidaria, en la medida en que concurran los presupuestos siguientes:*

a) Que cada uno de los partícipes haya cometido una culpa;

b) Que la culpa cometida por cada uno haya causado el daño;

c) Que el daño cometido por varios sea único.

En explicación sobre el último de los presupuestos dichos, ha precisado la doctrina extranjera que si los delitos o cuasidelitos son varios e independientes entre sí, como si uno atropella a un peatón y otro, aprovechando esa circunstancia, pasa y le sustrae el reloj, como se trata de dos hechos ilícitos, desligados por entero el uno del otro, no hay solidaridad. Empero, por el contrario, sí se ofrece la solidaridad, porque procede del mismo delito o cuasidelito, cuando varias personas se ponen de acuerdo para la ejecución de un delito, o cuando, sin concertarse, lo ejecutan en común, como si un individuo, al observar que otro pretende herir a un tercero, sujeta a éste para que aquél pueda lograr su propósito; o si el cuasidelito proviene de la culpa de varios, como acontece cuando dos automotores que, al hacer colisión a causa de que ambos conductores infringieron las normas del tránsito, lesionan a un peatón.

8. *Avanzando la doctrina en punto de responsabilidad solidaria cuando el delito o culpa ha sido cometido por varias personas, ha sostenido, además, que no se opone a la solidaridad pasiva la circunstancia de que los autores del hecho dañino no actúen simultáneamente sino en forma sucesiva, como acontece cuando un mismo daño es el resultado de la reunión de las culpas sucesivas. Y de este criterio participa la jurisprudencia nacional al afirmar que "no es, pues, de recibo la tesis de que el citado artículo 2344 sólo es aplicable a quienes simultáneamente cometen hecho ilícito determinado, de modo que si su intervención en este es sucesiva o independiente, sea preciso dividir la indemnización proporcionalmente, a efecto de que la víctima la cobre por partes. Esto es, precisamente, lo que la disposición en comento se propone evitar, aliviando a la parte acreedora de la carga de probar hasta dónde llegó la intervención de cada uno de los agentes del ilícito, extremo que resultaría, si no imposible, por lo menos muy difícil de demostrar, por ser ajeno al campo de sus actividades" (Cas. Civ. de 30 de abril de 1976, CLII, 123).*

9. *Igualmente procede la responsabilidad solidaria sin que interese que el delito o cuasidelito sea por acción o por omisión, pues si el daño se produce porque una persona actúa imprudentemente y otra omite tomar las medidas y precauciones que le incumbía para evitarlo, una y otra son solidariamente responsables, porque con sus conductas (activa y pasiva) han contribuido a su producción.*

10. Aclarado lo anterior, se tiene que *el codendor que indemniza a la víctima, tiene derecho a que los demás le reembolsen la parte que a cada uno corresponde en la deuda. Empero, cuando todos participan en la realización del daño, sin que aparezca claramente establecido el monto de los perjuicios de cada cual, o quien causó con su conducta más perjuicios, lo equitativo y justo es que, en tal evento, para sus relaciones internas, se distribuya por iguales partes, como lo pone de presente la doctrina más generalizada y aceptable.*

11. Si, como aquí aconteció, según se desprende prueba pericial, que los daños causados a la propiedad de los Velilla Moreno fueron consecuencia de todo el proceso de construcción del edificio Centro Caracas, que llevaron a cabo las cooperativas demandadas, por múltiples causas (manipuleo de materiales y herramientas, excavación, vibraciones de la maquinaria, depresión de la "napa" de agua, peso de la estructura), sin que pueda medirse la magnitud de cada una de ellos, los coautores del daño deben responder solidariamente y, entre ellos, la indemnización debe dividirse por partes iguales.

12. Ante esta situación fácilmente se infiere que el Tribunal no infringió las normas sustanciales señaladas en el cargo.

13. Finalmente, cabe observar que el *ad quem* no quebrantó, por aplicación indebida, el artículo 983 del Código Civil, porque la condena solidaria se apoyó fundamentalmente en el artículo 2344 del Código Civil y, la referencia que hizo a aquel precepto, apenas la circunscribió a corroborar la conclusión a que llegó.

Por tanto, los cargos no prosperan.

Cargo tercero. De la demanda de casación de la Cooperativa de Habitaciones y de la Cooperativa Odontológica.

Lo presentan por quebranto directo de los artículos 1613 y 1625 del Código Civil, por interpretación errónea.

La censura la centra, fundamentalmente, en que si el Tribunal tomó como monto "definitivo de los perjuicios sufridos por Velilla", la suma de $ 2.318.361,00, que los peritos en la segunda instancia fijaron con la consiguiente corrección monetaria o "upaquización", cifra de la cual ordenó "rebajar la suma de $ 280.000,00 que el mencionado Velilla recibió" por concepto de la transacción en agosto de 1975, sin que hubiese ordenado igualmente actualizar esta última cantidad, creó un desequilibrio económico en contra de los demandados que se debe corregir, ordenando "que los $ 280.000,00 pagados a Velilla sean también 'upaquizados', dando así curso" a la doctrina de la Corte contenida en las sentencias de 24 de abril, 9 de julio y 19 de noviembre de 1979.

Por consiguiente, continúan las cooperativas recurrentes, al proceder el Tribunal en forma inequitativa como lo hizo, infringió los artículos indicados en el cargo, al darles un alcance que no tienen.

Cargo primero. De la demanda de casación de la Cooperativa de Trabajadores de Antioquia.

Dice en él que la "sentencia impugnada viola directamente, por falta de aplicación, las normas de derecho sustancial contenidas en los artículos 4, 5, 8 y 45 de la Ley 153 de 1887, 1542, 1613, 1614, 1625 y 1626 del Código Civil".

El casacionista desenvuelve el cargo en forma semejante al reparo precedente, o sea, que el *ad quem*, al haber ordenado a los peritos actualizar el valor del daño, que fijaron en esas condiciones en la suma de $ 2.818.361.00 y al haber omitido ordenar la corrección monetaria respecto de la suma de $ 280.000.00, que fue pagada por concepto de la transacción en el año de 1975 y que ordenó deducir de aquel monto, creó inequitativamente un desequilibrio económico, que se debe corregir por la Corte.

Con respaldo en estas apreciaciones concluye la censura en que el Tribunal quebrantó las normas indicadas en el cargo, por lo que se debe casar parcialmente el fallo atacado, concretamente "el numeral 3, letra A, para efecto de que se reste del valor de la indemnización que debe pagarse a los esposos Velilla Moreno, la suma de $ 280.000.00, monto de la transacción, debidamente actualizada en su valor.

SE CONSIDERA

1. *El ajuste monetario se impone cuando el peso no mantiene intangible el valor de cambio en el período que transcurre entre el momento en que surge la deuda u obligación y su pago al acreedor. Y, concretamente, en las indemnizaciones por culpa aquiliana, cuando entre la ocurrencia del daño y su pago, el signo monetario no mantiene su poder adquisitivo, sino que por el contrario, se ha envilecido.*

2. *Cuando así acontece, como notoriamente sucede en Colombia, las indemnizaciones que deban hacerse a la víctima por el autor del daño causado por un delito o cuasidelito, para que el pago asuma la calidad de íntegro o completo y, por ende, tenga el vigor de extinguir eficazmente el monto total de la obligación, como lo ordena la ley (Arts. 1649 Inc. 2º y 2341 del C. C.), debe hacerse con la consiguiente corrección monetaria cuando no se repara el valor del daño oportunamente.*

3. *Por otra parte, los efectos nocivos del deterioro de la moneda, como lo sostiene la doctrina de la Corte y la de los tribunales de otros países, no los tiene por qué asumir la víctima o acreedora, sino al deudor y, más aún, cuando el pago no lo ha hecho oportunamente o lo ha hecho por parcialidades.*

4. *Aclarado lo anterior, se tiene que si el autor de un hecho dañino indemniza a la víctima de una parte del daño y en las proximidades de su ocurrencia, no puede pretender que la parte pagada se le revalorice pos-*

teriormente y al cabo de varios años, porque cuando lo hizo correspondía por entonces al valor de cambio de la moneda.

Por tanto, los cargos son infundados.

Segundo cargo. De la demanda de casación de las Cooperativas de Habitaciones Limitada y Odontológica Limitada.

Acúsase la sentencia del Tribunal de infringir los artículos 1613, 1614, 2341, 2342, 2343, 2344 y 2356 del Código Civil, por aplicación indebida; y los artículos 1602, 1603, 1625, 1626, 2469 y 2483 *ibidem*, a consecuencia de errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas.

En el desenvolvimiento del cargo, comienza la parte recurrente por manifestar que únicamente combate la sentencia del *ad quem* "en cuanto condenó, por lucro cesante, al pago de arrendamientos que Víctor Velilla y Socorro Moreno hayan tenido que pagar hasta el 21 de septiembre de 1979, limitados al máximo de $ 20.000.00 mensuales".

El reparo precedente, lo apoya la censura en los asertos siguientes:

a) Pasó por alto el Tribunal que de conformidad con el contrato de transacción celebrado entre el demandante Víctor Velilla y "Coopetraban", quedó plenamente pagado el lucro cesante, pues no vio el fallador que en la letra f) del documento contentivo del mencionado negocio jurídico se acordó y pagó al referido Velilla "como indemnización por el lucro cesante que ha tenido 'el contratista' y el que pueda tener en adelante y por los perjuicios...", la suma de $ 280.000.00;

b) La claridad de la cláusula precedente no permite otra interpretación que la de que las partes transigieron el perjuicio total por el lucro cesante; no ocurre lo propio con el daño emergente, "pues en la misma cláusula sólo se previeron los perjuicios que pudieran 'sobrevenir por la ejecución de los trabajos antes mencionados' y no por los futuros como bien lo dijo el Tribunal";

c) El sentenciador de segundo grado cometió yerro de facto al no apreciar cabalmente lo acordado por las partes en el específico punto del lucro cesante, o al hacerle decir al pacto lo que en él no se expresa, lo que lo llevó a quebrantar las normas antes señaladas;

d) El Tribunal pasó por alto la declaración de Luis Gonzalo Llano García, quien expresa que estuvo viviendo en la casa de Velilla entre los meses de septiembre de 1975 y mayo de 1976, pagando la suma de $ 2.500 mensuales por concepto de arrendamiento. Así mismo dejó de ver el Tribunal, con el alcance que respecto del lucro cesante tienen, las confesiones hechas por los demandantes en interrogatorios de parte, quienes admiten que la casa del demandante Velilla estuvo ocupada por otras personas a quienes se la dio a título de comodato, lo que también prueba de que el inmueble produjo provecho a sus dueños.

Cargo tercero. De la demanda de casación de la Cooperativa de Trabajadores de Antioquia.

Lo hace consistir en quebranto de los artículos 1613, 1614, 2341 a 2344 y 2356 del Código Civil, por aplicación indebida; 1602, 1603, 1618 a 1625

ordinales 1º y 3º, 1626, 2469 y 2483 *ibidem*, por falta de aplicación, a consecuencia del yerro de facto cometido por el Tribunal en la apreciación del contrato de transacción celebrado entre Velilla y Coopetraban el 27 de agosto de 1975.

El cargo lo desenvuelve así:

a) En no dar por demostrado, estándolo, que el referido contrato cubría la indemnización de todos los perjuicios causados y futuros, por concepto de daño emergente y lucro cesante, según se desprende de la letra f) de documento de transacción;

b) En no dar por demostrado, estándolo, que los daños ocasionados por daño emergente hasta la fecha del documento, quedaron reparados a través de las obras acordadas en el contrato;

c) En no dar por demostrado, estándolo, que si las partes en la transacción no se refirieron específicamente a perjuicios causados por daño emergente, era, o porque no se habían causado, o porque eran ínfimos;

d) En dar por demostrado, sin estarlo, que según la transacción, se requería no sólo la construcción de obras sino que éstas realmente contribuyeran a atajar los perjuicios; mas esto último no se previó por las partes;

e) Finalmente, en dar por demostrado, sin estarlo, que las excavaciones hechas por Coopetraban con antelación a la transacción y el mayor peso del edificio por los pisos levantados posteriormente, eran circunstancias no previstas en el contrato.

SE CONSIDERA

1. *El yerro evidente de facto, tiene dicho la Corte, "ha de consistir en que el sentenciador haya supuesto una prueba que no obra en el proceso o ignorado la que existe en él, hipótesis que comprende la adulteración de un medio de convicción, bien por habérsele hecho decir lo que no expresa o bien por habérsele cercenado su real contenido. El yerro así configurado tendría que traducirse en conclusión contraevidente, vale decir contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba y ser trascendente a la decisión, sin lo cual carecería de relevancia. La demostración del error imputado al Tribunal habrá de efectuarse, de una parte singularizándose la prueba en relación con la cual habríase producido, y haciendo ver, de otra, la contraevidencia en que incurrió el sentenciador" (sentencias de 5 de mayo de 1972, 6 de mayo de 1975 y 21 de septiembre de 1977, no publicadas).*

2. *A manera de resumen, el error de hecho en la apreciación de la prueba, para que sea próspero, debe ajustarse a los requisitos siguientes:*

a) El yerro ha de consistir en que el juzgador haya supuesto una prueba que no existe o haya ignorado la que verdaderamente aparece en los autos, o le haya adulterado la objetividad, ya por agregarle algo que le es extraño, ora porque le haya cercenado su real contenido;

b) La conclusión obtenida de la prueba por el sentenciador debe ser contraevidente, o sea, contraria a la realidad que las mismas pruebas establecen;

c) Que el mencionado yerro sea trascendente, vale decir, que incida en la decisión tomada por el sentenciador.

3. *La interpretación de los contratos, ha dicho de manera reiterada la jurisprudencia, es una cuestión que corresponde a la discreta autonomía de los juzgadores de instancia, y por tanto, la que haga el Tribunal no es susceptible de modificarse en casación, a menos de aparecer de modo evidente en los autos que el fallador ad quem incurrió en ostensible error de hecho, como cuando supone estipulaciones que ciertamente no existen, o ignora las que verdaderamente exterioriza el negocio jurídico o, también, cuando sacrifica su recto sentido con deducciones absurdas por opuestas a la lógica elemental o al sentido común (Cas. Civ. de 31 de noviembre de 1969, CXXXII; 28 de agosto de 1978 y 6 de septiembre de 1983, no publicadas).*

4. *En pos del criterio precedente, se tiene que si el juzgador, en la labor de hermenéutica de las cláusulas de un contrato les asigna una inteligencia o interpretación razonable o posible, no se configura en tal evento un yerro con las características de evidente, porque como bien lo tiene sentado la jurisprudencia de la Corte, "cuando una cláusula se presta a dos interpretaciones razonables o siquiera posibles, la adopción de cualquiera de ellas por el sentenciador no genera error evidente, puesto que donde hay duda no puede haber error manifiesto en la interpretación" (Cas. Civ. de 3 de julio de 1969, CXXXI, 14). Y es apenas obvio que el yerro de facto, cuya característica fundamental es el de que sea evidente, o como lo observa la doctrina de la Corporación, que "salte de bulto" o "brille al ojo", sólo se presenta "cuando la única estimación acertada sea la sustitutiva que se propone. Por manera que la demostración del cargo ha de conducir al convencimiento de la contraevidencia, inconcebible cuando el resultado que se censura es producto de sopesar distintas posibilidades, que termina con la escogencia de la más probable, 'sin que ninguna de ellas esté plenamente contradicha por otras pruebas del proceso'" (Cas. Civ. de 30 de noviembre de 1962, XCVIII, 21; 4 de mayo de 1968, aún no publicada; 20 de mayo de 1970, CXXXIV, 146 y 147).*

5. Ahora bien, la interpretación que hizo el Tribunal de la convención de transacción, es a no dudarlo la que ciertamente exterioriza tal acuerdo, puesto que de su conjunto se desprende que la suma de $ 280.000 recibida por Víctor o Victoriano Velilla de Coopetraban era para cubrir el lucro cesante y los perjuicios que se ocasionaran con motivo de la construcción de un muro de contención y dos muros divisorios, y no los perjuicios originados por causas diferentes, como las excavaciones que se continuaron por debajo de la "napa o nivel freático" y por el peso del edificio que día a día aumentaba.

6. Siendo así las cosas, el yerro de facto en la interpretación que hizo el *ad quem* del negocio jurídico de transacción no aparece, como tampoco puede deducirse de otro medio de convicción que pudiera incidir en la decisión impugnada.

7. Por otra parte, conviene aclarar que si con motivo del daño causado por la actividad de una persona a la propiedad de otro, éste se ve

compelido a desocuparla y, por consiguiente a tomar otra en arrendamiento, la renta que paga la víctima no es lucro cesante o ganancia frustrada, sino una pérdida sufrida o daño emergente, como lo tiene sentado la doctrina de la Corte (Cas. Civ. de 10 de marzo de 1954, CVI, 202). Mas, la impropiedad en que incurrió el *ad quem* en el punto, es intrascendente.

Lo dicho es suficiente para concluir que los cargos no prosperan.

RESOLUCIÓN

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 4 de julio de 1983, complementada el 12 de septiembre siguiente y dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Las costas del recurso de casación corren de cargo de las recurrentes (Art. 392 del C. de P. C.).

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, salvó el voto, *Alberto Ospina Botero.*

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

Por cuanto, a mi juicio, el cargo tercero deducido en la demanda de casación formulada por la demandada "Cooperativa de Trabajadores de Antioquia Limitada, Coopetraban", estaba llamado a prosperar, con el respeto que debo al criterio de mis compañeros de Sala disiento de la resolución que al efecto trae la sentencia anterior y por ello, en esa parte, salvo el voto. Las razones en que apoyo mi disentimiento son, brevemente expuestas, las siguientes:

1ª Mediante contrato ajustado entre ellos el 27 de agosto de 1975, Ligia Urrego A., representante legal de "Coopetraban" y Víctor Velilla Restrepo, éste como propietario del inmueble número 41-51 de la calle Caracas de Medellín y aquélla como dueña del inmueble colindante y de la edificación que a la sazón se levantaba en él, acordaron:

a) Que *con motivo de la edificación* de varias plantas que "Coopetraban" a la sazón estaba construyendo, Velilla Restrepo, con el fin de evitar posibles accidentes, desocuparía temporariamente la casa vecina;

b) Que debían definir lo relativo al muro divisorio siendo pertinente demoler, por razones técnicas, la tapia que hoy existe, a lo cual se obligó el mentado Velilla;

c) Que como "Coopetraban" debía hacer un muro de contención en la propiedad de aquél, lo que era necesario *como motivo por la construcción del edificio*";

d) Que una vez levantado tal muro, "cada uno de los contratantes construirá por su cuenta y riesgo, dentro de sus respectivos lotes sendos muros divisorios, los cuales serán independientes y de exclusiva propiedad de cada uno de ellos";

e) Que los "desperfectos que acaezcan" en el inmueble de Velilla, "serán reparados por cuenta y riesgo de éste"; y

f) Que "como indemnización por el lucro cesante que ha tenido 'el contratista' *y el que pueda tener en adelante* y por los *perjuicios de cualquier otra naturaleza que le puedan sobrevenir* por la ejecución de los trabajos antes mencionados", la sociedad le daría, como efectivamente le dio, "la suma fija única de..." (subrayo).

2ª Si según el artículo 2469 del Código Civil la transacción es un contrato "en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual", ella aparece dentro del panorama legal como referida a derechos litigiosos, o al menos controvertidos, y como prohibición a las partes para intentar o proseguir un proceso judicial. Requiere entonces la transacción, como presupuestos para su formación, los siguientes presupuestos:

a) La existencia actual o futura de discrepancia entre las partes acerca de un derecho;

b) Su voluntad o intención manifestada de ponerle fin sin la intervención de la justicia del Estado; y

c) La reciprocidad de concesiones que con tal fin se hacen.

Estos presupuestos, a mi juicio, se dan cita en el caso de autos, pues si se analiza el contexto del documento de 27 de agosto de 1976, de él se infiere, analizadas sus cláusulas integralmente, las claras intención y voluntad de los pactantes de arreglar por sí mismas la controversia que entre ellas surgió por razón de los perjuicios que sufrió el contratante Velilla, *con causa y motivo de la edificación* que entonces levantaba "Coopetraban". Habla el texto de que esta entidad "está construyendo un edificio de varias plantas", que con el fin de evitar accidentes "por la causa anotada", o sea "de la edificación que adelanta"; que "las partes, de manera amigable, han acordado", y que "como indemnización por el lucro cesante que ha tenido... y el que pueda tener en adelante y por los perjuicios de cualquiera otra naturaleza que le puedan sobrevenir.... se dará la suma fija única de...".

3ª No encuentro razón que conduzca a restringir el alcance de la transacción, ni en el tiempo ni en la clase de perjuicios que fueron objeto de *arreglo amigable*; y como tal pacto, cuya validez o eficacia jurídica no ha sido objeto de cuestionamiento alguno, produce el "efecto de cosa juzgada en última instancia", como lo prescribe el artículo 2483 *ibidem*, tiene que tomar el carácter de norma prevalente en la regulación de las relaciones surgidas entre los contratantes, lo mismo que todas las consecuencias que emanen de ellas.

Entonces, y como lo predican al unísono jurisprudencia y doctrina patrias, en el contrato de transacción celebrado de acuerdo con las prescripciones generales de los contratos, su efecto no podrá ser otro que el de cerrar, ineludiblemente, absolutamente y para siempre el litigio en los términos de la transacción. "La controversia —como lo ha dicho la Corte—, de allí en adelante carece de objeto, porque ya no hay materia para un fallo, y de fin, porque lo que se persigue con el juicio y la sentencia ya está conseguido. Las partes se han hecho justicia a sí mismas, directa y privadamente, en ejercicio de su libertad; de modo que la jurisdicción, que es institución subsidiaria, quedó sin qué hacer. Y se ha hecho justicia en la forma más plausible, porque implica abandono de intereses en beneficio común, en busca de la paz humana, que es altísimo bien" (LXXIX, 267).

Resulta así para mí inaceptable que estando aún las partes ligadas por una transacción, vinculante desde luego exclusivamente para quienes la pactaron, celebrada o acordada en razón precisamente de los perjuicios de "cualquier naturaleza", ya causados y "que puedan sobrevenir" con motivo de la construcción del edificio, y no solamente de los emanados de ciertas y determinadas ejecuciones integrantes de esa ejecución general, se haya instaurado este proceso para lograr la destrucción de esa transacción. Y si se pudiera afirmar que los perjuicios reclamados aquí tienen o encuentran su causa en la no construcción de los muros divisorios y de contención a que en ese pacto se habla específicamente, o en su construcción imperfecta o viciosa, entonces eso correspondería a una responsabilidad contractual y no extracontractual, que es la deducida en este proceso, pues ese evento implicaría que la entidad "Coopetraban" había incumplido el contrato de transacción ajustado con Velilla Restrepo.

4ª Si la indemnización que se reclama aquí es, como parece, la correspondiente a los perjuicios causados por la edificación después que se hizo la transacción, me parece que a ella no está obligada la sociedad demandada "Coopetraban", pues por virtud de haber enajenado tanto el suelo como toda la construcción existente, en el estado en que a la sazón se hallaba la edificación, desapareció para ella todo título que le permitiera tomar injerencia alguna en la continuación de la tal edificación, y, consiguientemente, no podía orientarla, ni observar que se hiciera en algunas circunstancias que hubieran evitado el daño causado.

Como es apenas elemental afirmarlo, toda responsabilidad civil presupone la culpa del autor del hecho dañoso, es decir, un error de conducta en que no hubiera incurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas circunstancias objetivas que el autor del perjuicio. Supone pues la culpa, como fundamento de la responsabilidad, la incuria, negligencia, dejadez o descuido en la ejecución del hecho que, justamente, por eso produjo el daño reparable.

Es tan estrecha la vinculación entre la culpa y la responsabilidad que estos dos vocablos, responsabilidad y culpa, suelen usarse indistintamente, al extremo de establecer una especie de sinonimia entre ellos. En ausencia de toda culpa no puede existir responsabilidad alguna.

5ª Si, luego de haber pagado los perjuicios por ella causados hasta entonces, la sociedad "Coopetraban" enajenó tanto el suelo como la

edificación que entonces se estaba levantando en él, resulta que por tal acto dejó de ser propietaria de la edificación, y dejó de ser también edificador; consiguientemente no puede imputársele culpa en los actos que ejecutaron otras personas, con quien estaba desvinculada ya; y porque ante la imposibilidad legal de dirigir, orientar, prever, indicar circunstancias en las cuales se debía o podía continuar la construcción, que ya era de otras personas, eran éstas y no aquélla quienes estaban obligadas a observar prudencia para evitar que el aumento del peso del edificio a medida que se levantaba, lo mismo que el número de pisos que se construían y la mayor profundidad de las bases, causara en las propiedades vecinas daños materiales. A la sociedad enajenante nada se le podía exigir, sencillamente porque ya no tenía título alguno que le permitiera tomar parte o injerencia en la tal edificación.

Con la tesis que acoge el fallo me parece que se sienta un precedente de grave trascendencia: solamente la prescripción del derecho de la víctima puede liberar a quien, a pesar de haber iniciado una construcción, la enajenó estando inconclusa y ella es terminada por nuevos dueños o edificadores, cuya negligencia o incuria va a comprometer solidariamente a aquél; y esa responsabilidad se le atribuye cuando no hay culpa suya, ni tiene medio alguno para evitar la de otros.

Por las anteriores razones, brevemente expuestas, no comparto, en la específica resolución indicada en esta salvedad, la sentencia anterior y por ello salvo el voto.

Fecha *ut supra*.

Humberto Murcia Ballén.

CASACION

VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL. **Proposición jurídica completa en la declaración oficiosa de una nulidad sustancial. Aplicación indebida e interpretación errónea, significado técnico de cada uno de estos conceptos de violación de la ley.**

LA OPCION

ADICIÓN AL VOTO DEL MAGISTRADO Dr. HUMBERTO MURCIA BALLEN. **Análisis de esta figura jurídica también llamada promesa unilateral de venta.**

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

Bogotá, D. E., 9 de agosto de 1985.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 1º de junio de 1984, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario instaurado por Agustín Alberto Ochoa y otra en frente de Gregorio Ramírez Sánchez.

I. ANTECEDENTES

1. El 14 de julio de 1977, mediante documento privado que en esa fecha suscribieron en Bogotá, se ajustó entre Gregorio Ramírez Sánchez, por una parte, y por la otra Agustín Alberto Ochoa y Angela Buitrago Dueñas, el contrato de arrendamiento cuyas cláusulas fundamentales fueron las siguientes:

a) El primero dio a los segundos, a dicho título, el inmueble número 4-48 de la carrera 14 de Engativá, D. E., comprendido dentro de las alinderaciones que allí se consignaron, inmueble que consta del lote de 10.297.45

metros cuadrados y la casa de habitación construida en él, contrato que tendría una duración de dos años, a partir del 15 de julio de 1977;

b) En dicho pacto estipularon como canon mensual la suma de $ 3.000, que pagarían los arrendatarios a su arrendador anticipadamente durante los primeros cinco días de mes;

c) A más de otras estipulaciones, mediante la cláusula 5ª de dicho pacto acordaron los contratantes que en razón a que el canon se fijó "un tanto más bajo del normal, se ha convenido de común acuerdo que en compensación, el arrendatario podrá efectuar en el inmueble las reparaciones y mejoras no locativas que considere necesarias, entendiéndose desde ahora que por esta circunstancia, quedarán a favor del propietario de la finca, sin derecho de parte de los arrendatarios a retirarlas, ni a exigir ninguna indemnización o reembolso de su valor";

d) Luego de otras manifestaciones inherentes al contrato de arrendamiento, mediante la cláusula 13 del pacto plasmado en el documento referido, expresaron los contratantes: "Durante el tiempo de vigencia de este contrato (24 meses), los arrendatarios tendrán opción preferencial a la compra de contado del inmueble bajo las siguientes condiciones: a) Si la transacción tiene lugar durante los primeros doce (12) meses de la vigencia del contrato de arrendamiento, el precio de compra que desde ahora aceptan los arrendatarios, es el de ciento veinticinco pesos ($ 125.00) moneda corriente por metro cuadrado; y b) Si la negociación de compra se efectúa en los segundos doce (12) meses a la vigencia del contrato de arrendamiento, el precio de compra que aceptan los arrendatarios desde ahora, es el de ciento cuarenta pesos con sesenta y dos centavos ($ 140.62) moneda corriente, metro cuadrado". Y agregaron: "Es entendido que si esta negociación de compraventa no se llegare a efectuar en los plazos y condiciones estipulados anteriormente, cesa por parte del arrendador todo compromiso con los arrendatarios y de consiguiente no asume ninguna responsabilidad por los perjuicios que puedan alegar los arrendatarios por este motivo".

2. Antes del vencimiento de los dos años, como que lo hicieron el 10 de julio de 1979, los arrendatarios dirigieron una carta a su arrendador, que la remitieron por correo certificado, en la cual le expresaban que querían realizar la negociación de compraventa aludida en la cláusula 13 del documento de 14 de julio de 1977, que, de consiguiente, estaban dispuestos a correr la escritura correspondiente, "en el momento que usted estime dentro del término pactado, o en su defecto en la última hora hábil del día 14 de julio de 1979, en la Notaría Dieciséis (16) de Bogotá".

3. El contenido de dicha carta lo ratificaron sus remitentes mediante comunicación telegráfica que enviaron a Ramírez Sánchez, el día siguiente, o sea el 11 de julio de 1979, en el cual le invitaban a concurrir a la Notaría Dieciséis, a las 11:00 a. m., del sábado julio 14.

4. El 14 de julio de 1979 los mentados Buitrago Dueñas y Ochoa Villegas comparecieron a la Notaría Dieciséis de Bogotá, llevando consigo sus certificados de paz y salvo sobre la renta y complementarios, un cheque de gerencia del Banco Popular de fecha 11 de julio de ese año, girado por la suma de $ 1.448.027.40 a favor de Gregorio Ramírez Sánchez, y ante la no comparecencia de éste procedieron a otorgar la Escritura pública núme-

ro 964, con la cual protocolizaron la copia del contrato de arrendamiento, la carta y telegrama indicados atrás, fotocopia del cheque y los certificados de paz y salvo.

II. El litigio

1. Mediante escrito presentado el 26 de agosto de 1979, y que en repartimiento del día siguiente le correspondió al Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá, los sobredichos Agustín Ochoa y Angela Buitrago Dueñas demandaron al citado Gregorio Ramírez Sánchez a efecto de que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que el demandado, Gregorio Ramírez Sánchez, incumplió las obligaciones por él contraídas en el contrato de arrendamiento suscrito con sus demandantes el 14 de julio de 1977, "concretamente, la contenida en la cláusula decimotercera de dicho convenio, sobre el derecho de opción de compra concedido a los actores de este proceso";

b) Que, consecuencialmente, se le constriña a otorgar en la Notaría Cuarta de Bogotá, "en la hora de las 11:00 a. m., o en la Notaría y hora que el señor Juez disponga", la escritura de venta del inmueble número 4-43 de la carrera 14 de Engativá, D. E., a favor de los demandantes y por el precio de $ 1.448.027.40;

c) Que se condene igualmente al demandado Ramírez Sánchez a indemnizar a sus demandantes de todos los perjuicios a ellos irrogados con el incumplimiento contractual apuntado, en la cuantía que se estime parcialmente; y,

d) Finalmente, que se le impongan además las costas procesales.

2. En apoyo de sus pretensiones los demandantes invocaron, además de los que fluyen de los antecedentes relatados, los hechos que sustancialmente quedan sintetizados en las siguientes afirmaciones:

a) Que durante los 24 meses de vigencia del contrato de arrendamiento, ellos, como arrendatarios, cumplieron plenamente todas las obligaciones que adquirieron por dicho pacto;

b) Que además, confiados como estaban de la seriedad de la propuesta de venta que les hizo su demandado, desde el inicio del contrato "tomaron como propio el inmueble arrendado y opcionado vender, en forma tal, que un inmueble que amenazaba ruina, totalmente abandonado, lo transformaron en la magnífica finca que es hoy día, incrementando notablemente su valor, como quiera" que le hicieron reparaciones y mejoras sustanciales;

c) Que no obstante los requerimientos al demandado no ha cumplido "con su obligación de vender a mis mandantes el inmueble de la carrera 14 número 4-43 de Engativá, como estaba obligado en la cláusula decimotercera del contrato suscrito con mis poderdantes, protocolizado mediante la Escritura 964 de 14 de julio de 1979 de la Notaría 16 del Circuito de Bogotá"; y

d) Que el demandado, con su incumplimiento, les ha ocasionado muy graves y cuantiosos perjuicios de todo orden a los demandantes, quienes por lo consiguiente tienen derecho a que se les dé la reparación correspondiente.

3. En su oportuna contestación a la demanda el demandado se opuso a todas las pretensiones deducidas en ésta; y en cuanto a los hechos, salvo los referentes a la celebración del contrato de arrendamiento y sus cláusulas, los cuales sí aceptó como ciertos, negó los demás.

En esa oportunidad expresó el demandado que no es cierto que haya acordado con sus demandantes un contrato de opción de venta; que la cláusula 13 referida, no implica "contrato de opción", pues que "no se hallan allí incorporados los elementos integrantes de un contrato de compraventa de bienes inmuebles, no se describe el bien objeto o materia de la pretendida opción"; que "en ninguna parte se estableció a cargo del demandado una oferta irrevocable, esto es, que éste hubiera quedado obligado a vender un bien determinado, por un precio también precisado y determinado, y dentro de un plazo determinado"; y que en la cláusula de marras hay "ausencia de las formalidades esenciales que la ley prescribe para la validez del acto o contrato, conforme con el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, artículos 1500, 1740 y 1741 del Código Civil".

Fundándolas en tales afirmaciones, el demandado propuso las excepciones que denominó "inexistencia del contrato de opción" y "nulidad absoluta de la cláusula decimotercera", que se invoca como contrato de opción.

4. Replicada en tales términos la demanda, con la práctica de las pruebas pedidas por ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia del 4 de abril de 1983, aclarada por providencia del 13 de julio siguiente, mediante la cual, después de haber declarado probada la excepción perentoria que denominó "inexistencia del contrato de opción", denegó todas las pretensiones de los demandantes e impuso las costas causadas en esa instancia del proceso.

5. Como efecto de la apelación que contra dicha sentencia interpuso la parte desfavorecida con ella, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, en su fallo de 1º de junio de 1984, luego de infirmar totalmente el apelado, decretó la nulidad absoluta "del contrato de opción invocado por los demandantes como fuente de sus pretensiones"; y se abstuvo de hacer condenación en costas en las dos instancias "en virtud del pronunciamiento oficioso" que hizo.

III. Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. A vuelta de referirse a los antecedentes del litigio y al desarrollo del proceso, en el proemio de las consideraciones de su sentencia el juzgador *ad quem* observa, y así lo expresa como motivo cardinal de su resolución, que es indudable que, al igual que el de promesa bilateral, el de opción es un contrato preparatorio, en el que por tanto deben aparecer, como en aquélla, "todos los elementos del contrato prometido, pues una y otro constituyen promesas de celebrar en el futuro un determinado contrato".

Dice, reiterando tal criterio, que la opción supone una determinada convención "acordada en todos sus elementos esenciales", y que espera para

ser definitiva la decisión del optante; que hay pues una indiscutible proximidad entre la opción y el contrato a celebrar, "pues éste debe estar presente con todos sus elementos, acordados de común acuerdo entre prometiente y optatorio, en aquella, postergándose sólo el consentimiento de éste para que el contrato objeto de la opción adquiera existencia con la prestación de aquél". Concretando su pensamiento al punto, dice el Tribunal de Bogotá que la opción presupone un contrato "ya concluido, cuya efectividad se encuentra pendiente de la voluntad de una de sus partes que es el optante".

2. Pasa luego el *ad quem* a recordar que, desde el punto de vista histórico-legislativo, la promesa de contratar sólo excepcionalmente tiene validez jurídica; cuando observa todos los requisitos previstos por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, uno de los cuales, dice, "el relativo al término y condición, repite el artículo 23 de la Ley 51 de 1918 para el contrato de opción, en el cual deben estar presentes, como se ha dicho, todos los elementos del contrato que quedará concluido cuando el optante haga uso del derecho que como a tal aquél le confiere".

Y añade que otro de los requisitos indispensables para la eficacia jurídica de la promesa de concluir un contrato, es, según el ordinal 4º del artículo 89 de la precitada Ley 153, la precisa determinación del contrato, en términos tales que "para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales". Dice que la relación que debe existir entre la opción y el contrato que se concluirá con la decisión de aceptar por parte del optante, debe ser tan estrecha como la que debe mediar en la promesa bilateral de contratar y el contrato prometido; y que esa conexidad pone de presente la necesidad de observar la exigencia del ordinal 4º, citado, para la validez de la opción, del cual no la exoneró la Ley 51 de 1918, "ni se lo podía exonerar de tal requisito, dada la naturaleza de tal tipo de contrato".

3. Descendiendo al caso de este litigio el Tribunal sentenciador, después que transcribe en su fallo la aludida cláusula 13 del contrato de 14 de julio de 1977, dice que de aceptar que tal cláusula, como lo asevera el demandante, "no contiene un pacto de preferencia, sino una opción", tendría que concluirse en que a ella le falta, para su validez, el requisito indicado en el ordinal 4º del artículo 89 de la Ley 153, ya que en dicha cláusula "no se determinó la Notaría ni el día en que se firmaría la escritura llamada a perfeccionar la compraventa materia de la opción...".

Continuando en la exposición de su razonamiento, añade el Tribunal que la falta de la determinación "clara y precisa del contrato de venta al intentarse concluir el de opción", no podía subsanarse, como lo pretendieron los demandantes, "exigiéndole al prometiente que indicara la Notaría y el día en que se correría la escritura llamada a perfeccionar el contrato de venta, o fijando esas circunstancias los demandantes, de lo cual da cuenta la carta de fecha 10 de julio de 1979...", porque "tal aspecto del contrato prometido debía aparecer claramente determinado cuando se intentó concluir el pacto de opción, en el que debía aparecer determinada la manera de cumplir la solemnidad a que estaba sujeto el contrato prometido, lo que implicaba la determinación del día y la Notaría en que sería otorgada la escritura de venta".

4. Conclusión de su estudio es pues, para el Tribunal de Bogotá, la de que a la opción que invoca el demandante como fundamento de sus pretensiones "le falta uno de los requisitos indispensables para que produzca efectos jurídicos, pues, no se especificó debidamente el contrato prometido".

Y que, como esa omisión "estaba llamada a producir la nulidad absoluta de tal contrato, según lo que disponen los artículos 1740 y 1741 del Código Civil y ella debe declararse de oficio, ya que ella aparece de manifiesto en aquél (artículo 2º de la Ley 50 de 1936), la sentencia de primer grado que absolvió al demandado y declaró probada la excepción de inexistencia del contrato, será revocada, para, en su lugar decretar la nulidad de aquél".

IV. El recurso extraordinario

1. Como ya se dijo, contra la sentencia de segundo grado interpuso casación la parte demandante. En la respectiva demanda y con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, los recurrentes formulan contra dicho fallo un solo cargo.

Mediante él lo acusan de ser directamente violatorio, por interpretación errónea, de los artículos 89 de la Ley 153 de 1887 y 23 de la 51 de 1918, como consecuencia, dice el casacionista, "de la interpretación errónea que hizo de estas normas sustanciales, que lo llevaron a declarar la nulidad del contrato de opción presentado como base de la acción incoada".

2. A intento de demostrar el yerro de hermenéutica que le endilga al Tribunal, el impugnante, después de transcribir los argumentos cardinales en que aquél sustentó su decisión, dice que esa ha sido, en verdad, la interpretación que tradicionalmente la Corte Suprema le ha dado al artículo 89 de la Ley 153 de 1887, frente a la promesa de compraventa, pero que ella no puede aplicarse al caso de la opción, porque, agrega, "existe una diferencia esencial entre la promesa sinalagmática de contratar y la opción, que no permite darles el mismo tratamiento doctrinal-interpretativo, como que el artículo 23 de la Ley 51 de 1918 y el 89 de la Ley 153 de 1887 nada dicen expresamente sobre la exigencia de fijar en el mismo texto del escrito contentivo del contrato prometido la Notaría y el día y hora en que haya de perfeccionarse".

Continuando en el desenvolvimiento de la censura, afirma el casacionista que como en la promesa de contrato las partes, "desde ya, expresan la totalidad de su consentimiento, surgen desde ya, la totalidad de las obligaciones" a cargo de cada una de ellas, aparece obvio que se requiere que en el mismo texto del "contrato prometido queden expresamente consignados todos los elementos sustanciales y formales de su validez y de su desarrollo válido en el tiempo"; pero que "tratándose de la opción, o mejor del contrato de opción, como el que nos ocupa, *ni se trata de una promesa de contratar* (por tanto no se le puede aplicar lisa y llanamente el artículo 89 de la Ley 153 de 1887), ni las partes expresan, por así decirlo, la totalidad de su consentimiento".

3. Continúa el impugnante en su demanda marcando las diferencias que encuentra entre la promesa de compraventa y la opción de venta para

concluir en que al caso presente no se le pueden aplicar las exigencias del artículo 89 de la sobredicha Ley 153, puesto que "No se trata de una promesa de contratar, pues la persona que confiere la opción, en el caso de autos, la opción de compra, *ya ha consentido definitivamente y por anticipado* en la compraventa del inmueble dado en arrendamiento, es decir, *no ha contraído una obligación de vender, sino que ha dado su consentimiento para la compraventa*".

Y reiterando su criterio cardinal, añade que en el "contrato de opción, a diferencia de la promesa de contratar, no hay una expresión total o completa del consentimiento que auna las voluntades de los contratantes y hace surgir el contrato como fuente de obligaciones, como quiera que solamente el que concede la opción, lo manifiesta y por tanto nada se opone a que el que recibe la opción, en el momento de hacerlo, precise las formalidades que permitan el desarrollo válido de la contratación".

V. Consideraciones de la Corte

1ª Al proceder la Sala a decidir el cargo formulado advierte, al primer golpe de vista, que él adolece de un ostensible defecto de técnica que lo hace necesariamente impróspero, cual es el de no estructurar la indispensable proposición jurídica completa.

Es doctrina de la Corte, que ha repetido insistentemente y aún a riesgo de fastidiar en fallos que son muchedumbre, la de que "cuando la sentencia del Tribunal ad quem *decida sobre una situación dependiente, no de una sola norma sino de varias que se combinan entre sí, la censura en casación, para ser cabal, tiene que investir la forma de lo que la técnica llama proposición jurídica completa. Lo cual se traduce en que si el recurrente no plantea tal proposición, señalando como vulnerados todos los textos legales sustanciales que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano" (sentencia de 16 de noviembre de 1967*, no publicada aún en la *Gaceta Judicial*).

2ª El cargo que aquí se estudia se limita a denunciar como quebrantados, por interpretación errónea, los artículos 89 de la Ley 153 de 1887 y 23 de la 51 de 1918. El primero de ellos que indica los requisitos que debe cumplir la promesa de celebrar un contrato para que sea válida; y el segundo, en cuanto dice que "la opción impone al que le concede la obligación de cumplir su compromiso. Si la opción no estuviere sometida a un término o a una condición será ineficaz. La condición se tendrá por fallida si tardare más de un año en cumplirse".

No obstante que en su sentencia el Tribunal de Bogotá, como aparece del resumen que de ella se hizo, apoyándose jurídicamente en lo preceptuado por los artículos 1740, 1741 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936 decretó oficiosamente la nulidad absoluta del contrato de opción analizado por él, es lo cierto que el casacionista omite absolutamente impugnar dichos preceptos legales sustanciales, que son precisamente los que sirven de sustento a la resolución combatida. Resulta así el cargo incompleto en su

formulación y por ende ineficaz, sin que le sea permitido a la Corte, como Tribunal de casación, considerar oficiosamente violaciones no denunciadas por el recurrente, por impedírselo el carácter eminentemente extraordinario de este recurso.

Si no se infirma o desvirtúa prenianiente el decreto de nulidad del pacto, cuando menos resultaría ilógico disponer, estando incólume tal decisión, que se le dé cumplimiento a un contrato cuya nulidad está reconocida judicialmente.

3º Pero no es solamente el anterior el único defecto que en el plano de la técnica de casación ofrece la demanda que se considera; no menos coruscante (sic) aparece el que denuncia interpretación errónea de un precepto legal que, en sentir del impugnante, no regula el caso aquí litigado.

Si, como lo afirma la censura reiteradamente en la sustentación del cargo, a la opción de venta no puede aplicársele lo regulado por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 para la promesa de celebrar un contrato, pues entre ésta y aquélla hay diferencias sustanciales, entonces el ataque debió plantearlo por aplicación indebida de dicha norma, y no por interpretación errónea de ella, como evidentemente lo hace.

4º Es preciso recordar que *el quebranto de la ley por aplicación indebida es da cuando, entendido rectamente la norma en su alcance y significado, se la aplica a un caso que no es el que ella contempla; emana pues, la indebida aplicación, no del error sobre la existencia y validez de la ley, sino del yerro en que incurre el juzgador al relacionar la situación fáctica controvertida en el proceso y el hecho hipotetizado por la norma que aplica. La interpretación errónea, en cambio, supone que la norma que se aplica es la pertinente, pues es en verdad la que regula el caso litigado, pero se la hace actuar atribuyéndole un alcance, un sentido o una inteligencia que no le corresponde.*

Por lo consiguiente, es preciso aceptar que el quebranto de una ley en la especie de interpretación errónea, excluye la aplicación indebida de ese precepto, como este concepto excluye, frente a la misma norma, aquél; porque en el caso de la interpretación errónea se aplica la disposición legal que corresponde o que es pertinente, pero con una inteligencia que no puede dársela, en tanto que en la aplicación indebida se emplea precepto impertinente, es decir el que no corresponde al caso litigado.

Y como cada uno de los tres conceptos de quebranto de la ley sustancial es diferente, la Corte ha sostenido que "no puede tener en cuenta los motivos de casación consistentes en infracción de determinadas disposiciones sustanciales, cuando el recurrente no expresa el concepto de la violación o cuando expresando alguno, no acierta con el que en realidad correspondía y debía invocar", pues se lo impide el principio causatorio y el de la dispositividad que priman de modo absoluto en el recurso extraordinario (G. J. t. LXI, pág. 398).

5º Conclusión de las precedentes consideraciones es, entonces, la de que el cargo formulado no puede prosperar, como habrá de declararlo la Corte en la parte resolutiva de esta providencia.

VI. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de primero de junio de mil novecientos ochenta y cuatro, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario.

Costas del recurso extraordinario a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

Adición al voto del Magistrado doctor Humberto Murcia Ballén

En la ponencia elaborada por el suscrito Magistrado y que la Sala aceptó, a más de las dos razones de orden técnico esgrimidas para fundar la improsperidad del recurso, se daba una tercera, que en esencia sustancialmente afirmaba la recta interpretación que el Tribunal de Bogotá hizo de las normas legales materiales acusadas. Tal argumento era del siguiente tenor:

1. Y si la Corte debiera hacer abstracción de los defectos de técnica apuntados, al entrar a analizar el cargo en el fondo tendría que decir que éste es infundado, puesto que, por las razones que adelante consigna, tiene que concluirse en que el Tribunal no mal interpretó el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, ni tampoco el 23 de la 51 de 1918.

En efecto. Según la doctrina extranjera, la figura jurídica de la *opción*, que con más exactitud se la ha llamado promesa unilateral de venta, en la práctica se presenta bajo dos fórmulas especiales: una, en la que quien recibe la opción es simplemente un intermediario que adquiere el privilegio de ser él quien coloca la mercancía en nombre de un tercero; y otra, en la que quien recibe la opción se reserva la facultad de decidir si adquiere por sí o para sí la cosa dada en venta.

Resulta así la opción como una variante o una faceta del acto jurídico unilateral, que crea una obligación con cargo a una persona y por su sola voluntad. Considerada, pues, desde el punto de vista del deudor, la promesa unilateral aparece jurídicamente aceptable, pues nada impide que una persona cree, por sí misma y para ella sola, obligaciones a su cargo; pero mirada desde el punto de vista del acreedor resulta evidentemente imposible, pues no es dable elegir una persona como acreedora, sin saberlo ésta e incluso sin su voluntad. De esto resulta que los partidarios de la promesa unilateral exigen, para que el compromiso sea eficaz, una acepta-

ción del acreedor futuro, desde luego que estiman que siguen siendo necesarias dos voluntades complementarias para la existencia válida del vínculo jurídico.

Ocurre, sin embargo, que en el derecho positivo colombiano la reglamentación legal de la opción, o de la promesa unilateral es bien escasa y por ende insuficiente; a dicha figura jurídica solamente se refieren los artículos 23 y 24 de la Ley 51 de 1918, que en su orden, dicen: "La opción impone al que la concede la obligación de cumplir su compromiso. Si la opción no estuviere sometida a un término o a una condición será ineficaz. La condición se tendrá por fallida si tarda más de un año en cumplirse. Las partes pueden ampliar o restringir este plazo", y, "por el derecho de registro de la escritura de opción se pagarán $ 10.00, sin perjuicio de pagar el derecho correspondiente conforme a la ley, cuando el contrato quede definitivamente en firme".

Como puede apreciarse del contexto transcrito, no es mucha la luz que estas dos normas arrojan respecto de la llamada opción, y en cambio sí son ostensibles los vacíos que ofrecen: no precisan en forma inequívoca el concepto de opción, no indican cómo se regula, cómo se constituye, ni mucho menos los derechos que envuelve.

2. Siendo pues tan deficiente la normación positiva específica del llamado contrato de opción, su amparo legal y su regulación tiene que encontrarse en la que trae el Código Civil en forma genérica para toda convención lícita. Y dentro de ésta concretamente la Ley 153 de 1887, artículo 89, que antes que la Ley 51 precitada incorporó en nuestro derecho la promesa de contrato y la consagró como fuente de obligaciones pero sólo excepcionalmente, cuando concurran en ella las circunstancias que en esa disposición se determinan.

Así que si el Código Civil Colombiano reconoce los contratos unilaterales (art. 1496) y la condición potestativa en favor del acreedor (art. 1535); esos principios generales, en tratándose de la promesa unilateral, los modifica la regla 4ª del artículo 89 de la Ley 153, citada, que exige que para que produzca obligación la promesa debe determinar el contrato prometido, en tal forma "que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales".

Precisamente, como la prueba de la opción, o de la promesa unilateral, al amparo legal del artículo 23 de la Ley 51 de 1918 resultaría muy difícil y hasta imposible en la mayoría de los casos, desde luego que sería utópico pensar que el deudor le preparase a su acreedor la demostración de sus derechos, para eludir esta dificultad probatoria la doctrina y la jurisprudencia, al unísono, han hecho de la promesa unilateral de venta un acto solemne, rodeado de las formalidades propias que se requieren para lo que es en verdad, una promesa de venta, en el que deben quedar claramente determinados los elementos del contrato sobre el cual versaron las reflexiones del deudor.

Ha dicho al respecto la Corte, en efecto, que dentro de los mismos lineamientos excepcionales y restrictivos que el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 le dio validez a la promesa de celebrar un contrato, "la Ley 51 de 1918, en su artículo 23 reglamentó la opción; o sea la promesa unilateral

de contratar, subordinada a la condición consistente en el derecho potestativo por ella conferido al beneficiario de celebrar o no el contrato prometido...'' (sentencia del 24 de julio de 1969, t. CXXXI, pág. 76).

Y agregó la Sala en esa misma providencia: ''Fijando más a espacio la atención en el requisito exigido por el ordinal 3º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, reiterado en el inciso 1º del artículo 23 de la Ley 51 de 1918, y que consiste en 'que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato'. Se tiene en primer lugar, y según ya quedó dicho, que la obligación u obligaciones de hacer que genera dicha promesa no pueden ser puras y simples, o sea de aquellas que nacen y se hacen exigibles por el sólo hecho de darse su fuente (aquí la promesa); sino que su nacimiento o su sólo cumplimiento debe proyectarse siempre hacia el porvenir, pendiente de una *condición* o sea de un hecho futuro e incierto, o de un *plazo*, hecho también futuro pero cierto. El sólo enunciado de este requisito ya está mostrando la preocupación de nuestro legislador por darle a la promesa de contratar el carácter de *transitoria*, excluyendo la posibilidad de que pueda convertirse en indefinida o indeterminada en el tiempo''.

Humberto Murcia Ballén.

ACCION RESCISORIA POR LESION ENORME

Es procedente en la venta precedida de promesa de contrato. Prestaciones mutuas. Opciones. Efectos.

COSA JUZGADA

Funciones. Límites. Juzgamiento implícito.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

Bogotá, D. E., 20 de agosto de 1985.

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 3 de abril del año anterior, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales dentro de este proceso ordinario promovido por Néstor Buitrago Trujillo y Esperanza González de Buitrago contra Iván Montoya Gómez.

ANTECEDENTES

1. Mediante libelo que en repartimiento correspondió al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Manizales, los demandantes solicitaron la declaratoria de que sufrieron lesión enorme y en consecuencia rescindido el contrato de compraventa de que da cuenta la Escritura número 1545 de 29 de julio de 1982, de la Notaría Primera del Círculo de Manizales; que en virtud de tal declaración se condene al demandado Iván Montoya Gómez a restituirles el inmueble que en ella se identifica, con todos sus componentes, anexidades y mejoras y, además, previa purificación de las hipotecas y otros derechos reales constituidos sobre él; lo mismo que el valor de los frutos percibidos o que hubiere podido percibir a partir de la contestación de la demanda. Finalmente, solicitaron condenación en costas para el demandado.

II. Como constitutivos de la *causa petendi*, los demandantes expusieron los hechos que sustancialmente se compendian así:

a) Néstor Buitrago Trujillo y Esperanza González de Buitrago, celebraron el 21 de marzo de 1979 con Iván Montoya Gómez un contrato en virtud del cual los primeros se obligaron a vender al segundo, dentro de los dos meses siguientes a la fecha del contrato, un lote de terreno que ha venido formando parte de las haciendas Tanganika y Paramá, situadas en el Paraje de Ciénaga de Maranal, del Municipio de Puerto Boyacá, Departamento de Boyacá, lote de terreno que hace parte de los predios identificados en el Catastro con las fichas números 00-2-001-110 y 00-2-001-113, lote de terreno que tiene una extensión superficiaria de noventa y uno punto dieciséis hectáreas (91.16 Has.) y cuyos linderos generales son los siguientes: "Por el Norte con predio denominado Hacienda La Giralda, de Inversiones Guadalupe Ltda., en una extensión de 417 metros y con predio de Hernando González Robledo, según plano protocolizado en la Escritura 2884 de la Notaría Primera de Manizales, el 28 de diciembre de 1978, en una extensión de 677 metros; por el Occidente con los predios Tanganika y Paramá de Néstor Buitrago Trujillo y otra, en una extensión de 1.165 metros; por el Sur y una extensión de 1.365 metros con el predio Tanganika identificado en el Catastro con la ficha número 00-2-001-110 de propiedad del vendedor Néstor Buitrago Trujillo y otra, por el Oriente según una línea recta de 710 metros con predio de propiedad de Hernando González Robledo, según plano que se protocoliza con esta escritura".

b) Por cuanto no se efectuó la venta en el plazo convenido, el prometiente comprador promovió ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Manizales proceso de ejecución singular de mayor cuantía (suscripción de documentos) contra los prometientes vendedores, culminado el cual y en cumplimiento de lo ordenado en las sentencias proferidas en tal proceso, el mismo Juez Primero procedió el 29 de julio de 1982 a otorgar la citada Escritura número 1454, en virtud de la cual transfirió al ejecutante el derecho de dominio sobre el inmueble objeto de la promesa, título inscrito en la Oficina de Instrumentos Públicos Seccional de Puerto Boyacá el 8 de septiembre siguiente, al folio de matrícula número 088-002492.

c) En la cláusula tercera de la escritura de venta, en consonancia con la cláusula tercera de la promesa, se estipuló como precio del inmueble la cantidad de un millón quinientos mil pesos ($ 1.500.000), el cual se encuentra depositado a órdenes del Juzgado Primero Civil del Circuito de Manizales, según dicha escritura.

d) El inmueble objeto de la venta "tenía un justo precio muy superior a los cuatro millones de pesos ($ 4.000.000) moneda corriente, no sólo a la fecha del contrato de compraventa (29 de julio de 1982) sino también a la fecha del contrato de promesa de compraventa (21 de marzo de 1979) y a la fecha del cumplimiento de ésta".

e) Como el precio del inmueble objeto de la compraventa es muy inferior a la mitad del justo precio del bien vendido, los demandantes sufrieron lesión enorme y por tanto procede la declaratoria de rescisión del contrato.

III. En su oportuna respuesta, el demandado se opuso a las pretensiones de los actores y en cuanto a los hechos manifestó que eran ciertos pero precisó que ante el incumplimiento de los prometientes vendedores

tuvo que demandarlos ejecutivamente, proceso que culminó con el otorgamiento de la escritura por el Juez Primero Civil del Circuito, previo depósito a órdenes del Juzgado del precio convenido, circunstancia por la cual resulta improcedente la rescisión por lesión, pues que el artículo 32 de la Ley 57 de 1887 niega su viabilidad en las ventas que se hagan por ministerio de la justicia.

IV. Agotada la tramitación correspondiente a la primera instancia, el Juzgado le puso término accediendo a las súplicas de la demanda y reconoció al demandado el derecho que le confiere el artículo 1948 del Código Civil de consentir en la rescisión o completar el justo precio del inmueble, entregando a los vendedores la suma de $ 1.781.805. El Tribunal al decidir los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, confirmó pero modificándola en el sentido de que si el demandado optaba por atajar la rescisión debía completar el justo precio entregando a los vendedores la suma de $ 4.213.170 y, además, que las restituciones en dinero previstas en el fallo se harían por sus equivalentes en UPAC al 29 de julio de 1982.

La sentencia impugnada

1. Tras relatar los antecedentes de este litigio y la forma como se trabó la relación procesal, el Tribunal destaca, cómo según los antecedentes históricos la figura de la lesión ha tenido y tiene en nuestro actual ordenamiento sustantivo un fundamento puramente objetivo en su estructuración y para demostrarlo reproduce la doctrina de la Corte sobre el particular.

2. No obstante ese criterio objetivo que el artículo 1947 tiene establecido para determinar el justo precio al tiempo de realizarse el contrato, dice más adelante el sentenciador de segundo grado, para determinar el éxito de la pretensión de quien se crea lesionado en el caso de la compraventa, se requiere establecer, además, si la acción se ejercitó dentro de los cuatro años siguientes contados desde la fecha del contrato; si se trata de ventas que no la excluyan; si el contrato es comercial o aleatorio, si los contratantes renunciaron a la rescisión, y, finalmente, si el bien se halla aún en poder del comprador.

En orden a establecer las anteriores premisas, dice el Tribunal que en el caso sometido a su decisión no se remite a duda que el inmueble objeto de la venta está aún en poder del comprador y que tal venta no es de aquéllas que la ley haya privado de los efectos rescisorios, como lo ha sostenido la parte demandada quien ha insistido en que la venta es de aquellas realizadas por ministerio de la justicia a que se refiere el artículo 32 de la Ley 57 de 1887.

Ampliando lo dicho sobre este aspecto en que fundó su defensa el demandado, reitera el Tribunal que en su opinión "hasta allá no llega el alcance de la norma invocada por el demandado ya que al concurrir al otorgamiento de la escritura pública el señor Juez Primero Civil del Circuito lo único que hace es darle cumplimiento a la sentencia que ordenó al vendedor cumplir con su obligación de hacer. Pero, quien en realidad efectúa la venta, la voluntad que se manifiesta es la de los prometientes vendedores".

"Como se comprenderá, agrega a renglón seguido, en el proceso ejecutivo por obligación de hacer se examina el acuerdo de voluntades entre los prometientes vendedores y el prometiente comprador y se concluye que aquéllos están obligados con éste a venderle, esto es a otorgar la correspondiente escritura pública. Por ello es que la suscripción de ella por el Juez resulta accidental, porque quienes efectivamente venden son los aquí demandantes según el acuerdo al que llegaron en el precontrato, al cual por lo mismo se le exige una completa determinación de acuerdo con lo ordenado por el artículo 89-2 de la Ley 153 de 1887".

"Es tan clara la deducción de que en el cumplimiento de la sentencia que ordenó la suscripción del documento, continúa diciendo, quien vende es el prometiente vendedor que esa es la conclusión del proceso ejecutivo, deducir la existencia de la obligación, y por eso el Juez, según lo dispuesto por el artículo 501 del Código de Procedimiento Civil, lo único que debe hacer es suscribir la escritura *a nombre* de los ejecutados vencidos que no lo hagan".

Parangonando luego las ventas hechas por ministerio de la justicia y las efectuadas con arreglo a lo previsto por el artículo 501 del Código de Procedimiento Civil anota el Tribunal que en éstas es el propio dueño quien acuerda las cláusulas del contrato, en cambio en las que se realizan en pública subasta el dueño no actúa ni fija los términos de la almoneda, sujeta, por lo demás, a una serie de requisitos: en las ventas como la que antecedió a este litigio quien vendió fue el dueño y en las que se llevan a cabo por ministerio de la justicia no lo es el dueño sino por conducto de la justicia.

3. Desechado en tales términos el fundamento de la defensa del demandado y precisado que en el caso *sub judice* no se está frente a un contrato de índole comercial, ni se le puede catalogar como aleatorio, ni tampoco aparece que las partes hubiesen renunciado a la acción rescisoria, el Tribunal se detiene en el estudio de la prescripción de la acción y la determinación del justo precio.

Respecto de lo primero, precisa que de conformidad con lo que disponen los artículos 1947 y 1954 del Código Civil la acción rescisoria por lesión enorme expira en cuatro años, contados desde la fecha del *contrato*, para el caso la de compraventa no la de la promesa, siendo esta misma fecha, además, la que ha de tomarse en consideración para efectos de fijar el justo precio, resultando improcedente "invocar normas de equidad para señalar que el justo precio debe mirarse a la fecha en la cual el contrato debió cumplirse, pues en tal forma deja de ser objetivo, y se termina por crear la rescisión, de la promesa de venta. La norma, agrega, es terminante y para el caso no vale argüir que el acuerdo se perfeccionó con la promesa pues como bien lo recuerda la señora Juez *a quo*, la escritura pública es un requisito *ad sustantiam actus* en la venta del inmueble, esto es, que sin su presencia el acto jurídico no existe, vale decir, que su existencia, y por lo mismo el acuerdo de voluntades sólo puede predicarse desde la fecha de la escritura pública, y como ésta se otorgó el 29 de julio de 1982, deberá concluirse que la acción de rescisión no ha prescrito".

Definido por el sentenciador de segundo grado que el momento que ha de tomarse en cuenta para fijar el justo precio es la fecha de la venta,

o sea el 29 de julio de 1982, sostiene que como en el proceso obra un dictamen firme y bien fundamentado en que se asigna al inmueble un valor de $ 6.381.300 para tal época, evidentemente los vendedores sufrieron lesión, pues el precio recibido de $ 1.500.000 es inferior a la mitad del justo precio fijado por los peritos.

Precisado, pues, que sí procede la rescisión por cuanto efectivamente los demandantes sufrieron lesión, agrega que si el demandado opta por hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 1948 deberá completar el justo precio con deducción de una décima parte, esto es, alcanzar la suma de $ 5.743.170, vale decir, que debe dar la suma de $ 4.243.170.

4. Finalmente, al referirse al valor de restituciones que deberán efectuar las partes como consecuencia de la rescisión, dice el Tribunal que si ésta tiene lugar deberá efectuarse la entrega del inmueble a los actores y del precio al demandado en la forma ordenada en la sentencia revisada, con la modificación relativa a la opción para completar el precio. Y agrega que como esa Sala del Tribunal "desde tiempo atrás ha considerado que todas las condenas a restituir una suma de dinero, por razones de elemental equidad frente a la desvalorización de las especies monetarias debe hacerse en su equivalente en unidades de valor constante (UPAC) tanto la entrega al demandado de la suma de $ 1.500.000 o a los actores de $ 4.243.170 si el comprador desea completar el precio debe hacerse en el equivalente en UPAC de esas sumas al 29 de julio de 1982".

El recurso extraordinario

Seis cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, los cinco primeros dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y el último con fundamento en la causal segunda del mismo artículo, orden en el cual serán estudiados.

Cargo primero. Por la vía directa, el recurrente denuncia violación por aplicación indebida de los artículos 1946, 1947 y 1948 del Código Civil, y correlativamente por falta de aplicación del artículo 1602 del mismo estatuto y del artículo 69 de la Ley 153 de 1887. Además, dice, se violaron por falta de aplicación los artículos 1603, 1610, 1625-1, 1626 y 1627 del Código Civil.

En el desarrollo del cargo sostiene el casacionista:

1. Consideró el Tribunal de Manizales que ciertamente en el caso planteado procedía darle aplicación a los artículos 1946 y siguientes del Código Civil, ya que conforme al dictamen pericial el inmueble materia de la venta tenía al tiempo de la celebración de ésta un justo precio que excedía en más del doble al que figura estipulado en la respectiva escritura. Para arribar a tal conclusión hubo de desechar la tesis del juzgador de primera instancia acerca del que se debía tener en el caso como justo precio por comparar con el estipulado, tesis según la cual el justo precio no era el del tiempo de la venta, sino el del tiempo en que el contrato de venta prometido debió celebrarse, que según los peritos, era el mismo de la fecha de la promesa.

Con arreglo a la tesis que aplicó el Tribunal, cuando se trata de venta de inmuebles antecedida por contrato de promesa de venta que precisamente se cumple con aquélla, el justo precio al tiempo de la promesa no juega papel alguno dentro del problema de la lesión. Con este planteamiento, puntualiza el casacionista, el Tribunal se pone en oposición contra dos doctrinas, opuestas a su turno, que la Corte ha sostenido en materia de lesión enorme de venta celebrada en ejecución y cumplimiento de contrato de promesa; de un lado, la de que en tal hipótesis no hay acción de rescisión por lesión enorme; de otro, la de que sí hay lugar a la rescisión, pero siempre y cuando que la diferencia de ultramitad hubiere existido ya al tiempo de la promesa, o sea que el justo precio que se toma en cuenta es el del tiempo de la promesa.

2. La tesis sostenida por el Tribunal, arguye el censor, es manifiestamente equivocada, a consecuencia del yerro jurídico en que incurrió al ignorar o restarle trascendencia a la relación de causalidad que media entre la promesa de celebrar un contrato y el contrato prometido que se celebra, relación cuya estrechez permite decir que entre dos contratos hay un verdadero vínculo de filiación, como que el contrato prometido es hijo del contrato de promesa. Esto porque es evidente que si, conforme al artículo 89 de la Ley 153 de 1887, uno de los requisitos para la validez y eficacia del contrato de promesa consiste en que en éste deben estar determinados todos los elementos o estipulaciones propios del contrato prometido, no puede en modo alguno admitirse lo que la tesis del Tribunal necesariamente admite: que el contrato prometido es fruto exclusivamente del acuerdo de voluntades de las partes *producido al momento de su celebración*, perdiendo así de vista que las estipulaciones del mismo habían sido ya fruto de un acuerdo de voluntades anterior, refundido dentro del contrato de promesa.

En desarrollo de la tesis por la cual propugna el censor y que ya había sostenido la Corte, continúa diciendo que a causa del error observado, el Tribunal no percibió que la celebración del contrato prometido no es otra cosa que el pago de la obligación de hacer surgida del contrato de promesa; pago que se hace en términos de la obligación contraída, sin que sea posible hacerlo en otros; entre tales términos ha de estar necesariamente, siendo de venta el contrato prometido, en virtud de la regla 4ª del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, el precio.

Precisamente, por tratarse del cumplimiento de una obligación de hacer, que por otra parte admite pago por equivalencia conforme a lo dispuesto por el artículo 1610-3º del Código Civil, y por constituir verdadero pago, es por lo que no tiene cabida la acción rescisoria de lesión enorme contra el contrato de venta de inmuebles, celebrado en ejecución de promesa de venta.

3. Seguidamente pasa a referirse a la sentencia de 23 de julio de 1969, la cual también, sostiene el casacionista, desconoció el Tribunal y en la cual se sienta como tesis la de que en hipótesis como la que se plantea en el caso *sub examen* sí procede la lesión enorme siempre y cuando que la lesión se manifestara ya en la época de la celebración del contrato de promesa.

Glosando esa nueva posición de la Corte, con ánimo de favorecer la causa que defiende, el recurrente insiste en que la Corporación se coloca en un punto intermedio entre la tesis acogida por el Tribunal de Manizales y la anterior posición de la improcedencia de la lesión. "Precisamente, dicha nueva tesis comienza por repudiar las otras dos extremas. Pero para esquivar el obstáculo que sirve de fundamento a la fórmula de que en el evento examinado no se da la acción rescisoria por lesión enorme, obstáculo que a la luz del derecho positivo es insalvable, tiene que acudir al expediente de hallar entre la promesa y el contrato prometido una relación tan intensa, que funde la una con la otra, borrando la individualidad que indudablemente tiene cada uno de tales contratos, en forma tal que el contrato de promesa aparece absorbido por el contrato de venta prometido, pues que el de promesa viene a quedar convertido en el simple punto de partida del primero, con el resultado de que la celebración del contrato prometido viene a ser el momento final de aquel comienzo, sin solución de continuidad alguna, y por lo mismo sin que la celebración del contrato prometido venga a tener la significación de un pago. De esa manera se tiene como tiempo de la venta todo el transcurrido entre la fecha de la promesa y el de la venta, y por lo tanto como precio justo al tiempo de la venta el que tenía el bien al tiempo de la promesa, dándole de esa manera atención a la exigencia del artículo 1947, inciso 2º del Código Civil. Dentro de esta concepción, pues, no se da la relación de filiación entre contrato madre y contrato hijo de que atrás se habló, sino que desde la promesa hasta la celebración del contrato prometido hay una continuidad que no permite ver sino un solo y único contrato. Esa es, vistas las cosas en su realidad, la significación de la tesis glosada, así y todo en la brillante exposición de la misma se hable indistintamente de promesa de contrato prometido".

4. Finalmente, tras insistir en su crítica a la última posición de la Corte, a manera de síntesis de los planteamientos hechos a lo largo del primer cargo, sostiene el censor que "el Tribunal de Manizales no debió declarar rescindido por lesión enorme el contrato de compraventa impugnado en la demanda inicial del presente proceso, sino que, por el contrario, habiéndose dado cabal cuenta, como efectivamente se dio, de que tal contrato se celebró en ejecución de uno de promesa, lo que lisa y llanamente ha debido decidir en su sentencia es que no había lugar a acoger las pretensiones de la parte actora, por no ser susceptible de lesión enorme el contrato de venta celebrado en cumplimiento de otro de promesa".

Por todo ello, el recurrente termina solicitando se case la sentencia acusada para sustituirla por otra en la cual se absuelva al demandado.

Consideraciones de la Corte

1. La lesión, entendida como el daño o detrimento que sufre una persona en razón de un acto jurídico por ella realizado, la consagra nuestro código excepcionalmente para casos especiales, como entre otros, compraventa común de inmuebles (C. C., Arts. 1946 y ss.), permuta de bienes de la misma especie (Art. 1958), aceptación de una asignación sucesoral

(Art. 1291), estipulación de intereses en el mutuo (Art. 2231), estipulación de los mismos en la anticresis (Art. 2466) y cláusula penal (Art. 1601).

2. En la compraventa de bienes inmuebles según lo tiene previsto el artículo 1947 del Código Civil, se entiende que la lesión es enorme respecto del vendedor cuando el precio que éste recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y respecto del comprador cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por esta. El justo precio, agrega, se refiere al tiempo del contrato.

Desde luego, la compraventa de inmuebles puede o no estar precedida de una promesa de celebrarlo. En el primer evento existen dos actos distintos y unidos entre sí por un vínculo de causalidad: la promesa que genera a cargo de quienes han de ser partes en el contrato prometido una obligación de hacer *cuyo objeto es precisamente la celebración de dicho contrato; y este último cuyas obligaciones principales, son* de dar: *de tradir la cosa vendida por parte del vendedor y la correlativa de pagar el precio a cargo del comprador. Esa vinculación causal entre los referidos actos suscitó en la doctrina y la jurisprudencia respecto de la lesión el problema de saber si el vicio opera automáticamente en todos los casos en que la ley lo erige como tal, por el sólo hecho de ofrecerse al momento del otorgamiento del acto afectado y en la magnitud fijada por la ley, o si, por el contrario, habida cuenta de que las condiciones de dicho acto han debido quedar definitivamente pre estipuladas en la promesa, esta última influye en la determinación del vicio, ya para descartar totalmente la eficacia del mismo, o ya para imponer la necesidad de examinar la economía del negocio a través de todo el proceso de su desarrollo, o sea relacionando las circunstancias existentes al perfeccionarse el acto prometido con las que se dieran al tiempo de la promesa de celebrarlo.*

3. *Frente al referido problema, como nuestro ordenamiento positivo no contempla una solución expresa, la doctrina de los civilistas se ha polarizado en dos posiciones antagónicas. De una parte están quienes piensan que las acciones que sancionan la lesión enorme quedarían descartadas siempre que el acto lesivo estuviera precedido de promesa de celebrarlo. Consideran que siendo obligatoria ninguno de los prometientes podrían eludir su cumplimiento so pena de someterse a una ejecución coactiva con indemnización de perjuicios; además, según se ha dicho, la celebración del acto prometido no sería cosa distinta de una convención de pago, respecto de la cual la ley no establece el vicio de la lesión. Otros, por el contrario, estiman que tales acciones son siempre viables respecto de los actos en que la ley las estatuye por el sólo hecho de alcanzar el vicio el límite prefijado por la misma; estiman que la promesa que pueda anteceder a estos actos por sí, nunca puede ser lesiva, pues ella sólo genera obligación de* hacer, *la de celebrar el acto prometido; o sea que en el evento de que, a la postre, se presente un desequilibrio económico y un perjuicio para una de las partes, éstos sólo se consumen al culminar la negociación y no al iniciar la misma con la promesa.*

La primera opinión, que es por la que propugna el recurrente en el primer cargo, se halla expuesta por el tratadista Jaime Rodríguez Fon-

negra y fue acogida por la Corte en su sentencia de 26 de abril de 1961 (Gaceta Judicial, Tomo XCV, Nº 2239, Pág. 777). Y por lo que toca a la segunda, es decir, la de quienes consideran viable la rescisión por lesión de la venta precedida de promesa, pero referido el justo precio al momento de la venta, que fue la acogida por el Tribunal, es ya oportuno precisar que la Corte en sentencia de 23 de julio de 1969 (Gaceta Judicial. Tomo CXXXI, 2314 y 2316, Pág. 45), variando su jurisprudencia anterior, rechazó tal opinión para adoptar una posición intermedia, o sea la de que en dicho evento procede la rescisión por lesión de la venta celebrada en cumplimiento de un contrato de promesa, siempre y cuando la diferencia de ultramitad hubiere existido ya al tiempo de la promesa, o sea que el justo precio que se toma en cuenta es el del tiempo de la promesa.

4. En el caso de este proceso, la promesa de venta fue acordada el 21 de marzo de 1979 y en ella convinieron las partes que la venta se efectuaría dos meses después; sin embargo, la escritura mediante la cual se formalizó se vino a suscribir apenas el 29 de julio de 1982. Y, según se destacó en el resumen del fallo, el Tribunal decretó la rescisión y determinó los efectos de ésta, tomando como justo precio el fijado por los peritos precisamente para la fecha de la venta, criterio que por lo visto se aparta de la interpretación hecha por la Corte en torno al inciso 2º del artículo 1946 para el caso de que la venta hubiese estado precedida de promesa.

Dicha jurisprudencia la ha venido reiterando la Corporación como puede verse en casación de 20 de septiembre de 1983 (ordinario de Gustavo Arango Escobar contra Carlos Rojas Correa y otra) y no encuentra razones para variarla en esta ocasión y sí más bien para reiterarla por ser, como lo dijo en la sentencia de 1969, el criterio que mejor consulta los dictados de la equidad y los datos que ofrece la realidad social, factores éstos que condicionan toda interpretación científica y sana de la ley. "Si la función de ésta es la de regular la vida colectiva al ritmo de sus cambiantes necesidades y a la justicia que debe reinar en las relaciones humanas, es deber de sus intérpretes y, en especial, de los jueces asegurar el cumplido logro de esa función".

5. El recurrente, como se vio en resumen del cargo, no sólo censura la tesis aplicada por el Tribunal de Manizales, sino que apartándose de la reiterada jurisprudencia de la Corte, solicita se aplique al caso, por encontrarla más acorde con la realidad de los hechos, la primitiva tesis de la Corte de la improcedencia de la lesión en eventos como este, en apoyo de la cual trae los argumentos que entonces se esgrimían para sustentarla. Con todo, como ya se dijo, la Corte no halla motivos para cambiar su jurisprudencia, y con miras a afianzarla reitera también las críticas que formuló a la tesis que propugna por la improcedencia de lesión en casos como el que es materia de examen.

"La tesis que descarta la sanción de la lesión enorme, aun en los pocos casos en que la ley la condena, so pena de que el acto viciado sea consecuencia de una promesa de obligatorio cumplimiento, dijo entonces la Corte, restringe indebidamente el menguado ámbito legal de esa institución; pugna con los dictados de la equidad y con expresos preceptos de la ley, y patrocina el fraude y la mala fe en la contradicción. Exige la

justicia que en todos los actos onerosos y, en especial, en los contratos conmutativos, las ventajas y los sacrificios que ellos reporten a los agentes sean proporcionados. Si nuestro ordenamiento positivo apenas sí consulta este postulado que es canon general en las legislaciones modernas y si, por añadidura, se pretende excluir su aplicación dentro del estrecho marco que el ordenamiento le asigna, para emplear expresión de la doctrina alemana 'se entroniza la usura en el comercio jurídico'. Tampoco se compadece la comentada tesis con la normación legal de la lesión y de la promesa de contratar: con la de aquella, por introducir un nuevo presupuesto para las sanciones legales de dicho vicio, cual sería el de que el acto acusado no hubiera estado precedido de una promesa de celebrarlo. *Con la de esta última, porque el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, expresamente subordina la validez de la misma a 'que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 (debió citarse el 1503) del Código Civil'. De suerte que si el contrato adolece de un vicio que lo condene a la ineficacia, la promesa de celebrarlo deviene inválida y, por ende, deja de ser obligatoria. Y como precisamente la lesión enorme es un vicio dirimente en tratándose de la compraventa común y de la permuta de bienes inmuebles, de las porciones y de las aceptaciones económicas de estos actos, pre estipuladas en una promesa, también queda afectada de nulidad y no obliga a su cumplimiento. En fin, que la tesis que se critica propicia el fraude y la mala fe contractual es palmaria: quien quisiera explotar impunemente a su contraparte le bastaría lograr que el contrato usurario estuviera precedido de una promesa que con ello tal contrato quedaría purgado de vicio''.*

Como corolario de lo expuesto, síguese que el cargo no está llamado a prosperar.

Cargo segundo.

Se denuncia en él violación directa, por aplicación indebida de los artículos 1946, 1947 y 1948 del Código Civil y falta de aplicación de los artículos 332, 509 y 512 del Código de Procedimiento Civil.

1. Al desarrollar el cargo, sostiene el recurrente que el Tribunal al enunciar los antecedentes del litigio hizo referencia a los hechos de la demanda en los cuales se había de que el contrato de compraventa impugnado de rescisión fue celebrado por el Juez Primero Civil del Circuito de Manizales, en representación de Néstor Buitrago y Esperanza González como vendedores, en cumplimiento de las sentencias dictadas en el proceso de ejecución promovido por el demandado en éste contra los prometientes vendedores con fundamento en el artículo 501 del Código de Procedimiento Civil. De las referidas sentencias se incorporaron copias al proceso y allí puede verse cómo la parte ejecutada propuso excepciones que le fueron resueltas adversamente, decisión que en términos de los artículos 332 y 512 del Código de Procedimiento Civil, este último referente a la eficacia de la sentencia de excepciones dictada en proceso ejecutivo, hizo tránsito a cosa juzgada en sentido material o sustancial.

Quiere decir lo anterior, continúa expresando el recurrente, en este caso "tanto el contrato de promesa como el contrato prometido quedaron

inmunizados contra cualquier vicio que hubiera sido susceptible de ser invocado como defensa, en relación con ellos, dentro del proceso ejecutivo; no simplemente contra los que se trajeron a discusión con ocasión del incidente de excepciones". Tal conclusión la apoya en varias razones, así:

a) Porque como lo dispone el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, el ejecutado en el término allí previsto podrá proponer "todas las excepciones que tuviere", lo cual significa que es voluntad de la ley que el demandado no se reserve medio defensivo alguno para alegarlo posteriormente como acción, lo cual denota "una manifiesta relación de enlace entre la carga o deber de proponer 'todas las excepciones que tuviere' el ejecutado, con la fuerza de la cosa juzgada que a la sentencia de excepciones le atribuye el artículo 512 del mismo estatuto";

b) Porque conforme a la organización del proceso ejecutivo, el demandado tiene la oportunidad de controvertir el respectivo título por cuantos aspectos pueda serlo, especialmente lo atinente a la validez y eficacia de la causa de la obligación demandada, esto es el contrato, si la obligación es contractual, en forma tal que si no se plantea discusión o la planteada no prospera, la ejecución continúa con plena certidumbre y ya incontrovertible con la fuerza que la cosa juzgada de la sentencia le impone;

c) Porque la fuerza de la cosa juzgada de un fallo no se contrae a lo que fue objeto expreso del mismo, sino que se extiende igualmente a todo lo que de manera tácita queda implicado en él, como inherente o inseparable de la cuestión principal, lo cual así lo ha admitido la jurisprudencia de la Corte en sentencia publicada en la *Gaceta Judicial* números 2211 y 2212, tomo XC, Pág. 868, en donde la Corte acoge el llamado *juzgamiento implícito* de que habla Carnelutti; y

d) Porque la fuerza de la cosa juzgada proyecta todos sus efectos en todas las direcciones, es decir, tanto hacia atrás como hacia adelante, lo cual en tratándose de la ejecución para celebrar un contrato prometido, la sentencia que manda seguir adelante la ejecución "tiene aquella fuerza no sólo respecto de la validez y eficacia del título ejecutivo, sino también respecto de la validez y eficacia de lo hecho para cumplir la sentencia... Admitir la posibilidad de discutir judicialmente sobre este acto, en proceso posterior, implicaría atender contra lo ordenado en la sentencia que mandó llevar adelante la ejecución, sentencia que en virtud de la fuerza especial que reviste se supone legalmente que ha dejado definitivamente cerrada toda discusión sobre el particular".

2. En apoyo de su planteamiento en torno a la cosa juzgada, agrega el recurrente, que la Corte, a propósito de la rescisión por lesión enorme de contrato de venta de inmuebles precedido de promesa de celebrarlo, ha dicho que, "dándose la lesión ya en la fecha del contrato de promesa, la promesa no es obligatoria por pecar ella contra lo exigido para su validez, entre otros requisitos, por el numeral 2º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, esto es, por aparecer el contrato prometido, en tal hipótesis, afectado de vicio que lo haría rescindible; y que, por consiguiente, en el proceso que la otra parte adelante contra la lesionada para hacer efectiva la promesa, ésta puede hacer valer exitosamente la excepción perentoria correspondiente". Se refiere el casacionista a la sentencia de 23 de julio de 1969, de la cual transcribe el aparte respectivo.

Como conclusión de todo lo expuesto para sustentar el cargo, sostiene el censor que ha quedado "demostrado que el sentenciador de segundo grado ha debido hacer uso de la facultad que le confería el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, y declarar probada la excepción perentoria de cosa juzgada con fundamento en lo dispuesto por los artículos 332, 509 y 512 del mismo Código, disposiciones las citadas que fueron por lo tanto violadas por falta de aplicación. Si lo que procedía era declarar de oficio la excepción de cosa juzgada, eso significa que al permitir la prosperidad de las pretensiones de la demanda y declarar rescindido por causa de lesión el contrato, con las declaraciones adicionales del caso, aplicó indebidamente los artículos que consagran la acción pertinente, esto es, los artículos 1946, 1947 y 1948 del Código Civil".

Finaliza el recurrente solicitando que se case la sentencia recurrida y que en el fallo sustitutivo se declare probada la excepción perentoria de cosa juzgada, con la consiguiente absolución de la parte demandada y con la respectiva condenación en costas para la parte actora.

Consideraciones de la Corte

1. En el caso que hoy ocupa la atención de la Corte, Néstor Buitrago Trujillo y Esperanza González, celebraron con Iván Montoya Gómez un contrato en virtud del cual se obligaron a enajenarle un inmueble, cuya escritura de venta se extendería en el término de dos meses. Ante el incumplimiento de los primeros, Montoya Gómez les promovió en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Manizales demanda ejecutiva por obligación de hacer, consistente en el otorgamiento de la escritura correspondiente.

Los ejecutados propusieron como excepciones las de "simulación", "ausencia de título ejecutivo", "incumplimiento del ejecutante de la orden dada por el Juzgado" e "imposibilidad jurídica de cumplir la promesa de contrato por parte del ejecutante", defensas desestimadas en la sentencia de 1º de febrero de 1982 y que luego confirmara el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, mediante la suya de 8 de junio siguiente.

2. En cumplimiento de dichas sentencias, el Juez Primero Civil del Circuito concurrió el 29 de julio de 1982 a la Notaría Primera de Manizales y suscribió la Escritura número 1451, mediante la cual se transfirió, en representación de los prometientes vendedores, a Iván Montoya Gómez el inmueble en ella descrito. Es precisamente la venta así formalizada la que los demandados, a través de este proceso, han impugnado solicitando su rescisión por lesión enorme.

3. Sostiene ahora el recurrente en casación que como los ejecutados tuvieron oportunidad de alegar todas las excepciones que tuvieran a su favor y como de hecho alegaron algunas que les fueron desestimadas, les precluyó el derecho a formular más impugnaciones contra el acto del cual dedujeron el título ejecutivo, impidiéndoles entonces el ejercicio de cualquier otra acción tendiente a atacar la eficacia y validez del título. Por tal razón, estando probado que así sucedió, el Tribunal de Manizales ha

debido dar aplicación al artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, acogiendo oficiosamente la excepción de cosa juzgada.

En apoyo de su planteamiento, arguye el censor que es voluntad del legislador plasmada en el artículo 509 del Código que el ejecutado propondrá todas las excepciones que tenga a su favor y no que se reserve medio alguno de defensa para alegarlo posteriormente como acción: dice, además, que en virtud de ese debate el título o acto del cual deriva la obligación hecha efectiva se torna incontrovertible en proceso posterior, lo cual está en armonía con lo que Carnelutti denomina "juzgamiento implícito", admitido por la jurisprudencia de la Corte.

1. *Razones de orden político-jurídico exigen que el proceso sea temporal; que se ponga término a los litigios decididos en forma tal que se evite el sucesivo replanteamiento, pues si así ocurriera las relaciones jurídicas privadas que en el proceso se controvierten nunca saldrían de la incertidumbre.*

Justamente para atender a la necesidad de certeza que deben tener las relaciones jurídicas individuales, las legislaciones han consagrado la institución de la cosa juzgada, en virtud de la cual ni el mismo Juez que ha pronunciado la decisión ni otro diferente, pueden variar la voluntad de la ley declarada en la sentencia para el caso concreto.

"De ahí que, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte ampliando la anterior noción, los doctrinantes atribuyen a la cosa juzgada dos funciones, que si bien se hallan íntimamente relacionadas entre sí son, sin embargo, diferentes: positiva la una y negativa la otra. Por la primera se vincula o se constriñe al Juez a reconocer y acatar el juzgamiento anterior; por la segunda se pretende excluir no sólo una decisión contraria a la precedente, sino simplemente toda nueva decisión sobre lo que ya ha sido juzgado, meta que el demandado en el segundo proceso alcanza con la exceptio rei judicatae. *Ya expresaron los romanos en su 'Codex' que el retornar sobre la cosa juzgada es grave como precedente:* res judicata instaurare, exemplo grave est" *(Lib. VII, Título 52, Regla 4ª).*

"Sucede, empero, que como la autoridad de la cosa juzgada no se produce sino en relación con una sentencia determinada, las denominadas identidades procesales *constituyen el elemento de contraste para precisar si existe o no; y respecto de esa cuestión concreta se habla de los llamados* límites de la cosa juzgada; *es decir, que así como la sentencia sólo puede afectar a los* sujetos *contendientes y generalmente a nadie más que a ellos, así también ha de versar sobre el objeto a que el proceso alude, y ha de pronunciarse únicamente por la causa que se alegó para deducir la pretensión o la excepción. Solamente cuando el proceso futuro es idéntico, en razón de estos tres elementos, la sentencia dictada en el anterior produce cosa juzgada material" (Cas. abril 24 de 1984, no publicada aún).*

Dejando de lado lo concerniente al límite subjetivo de la cosa juzgada (eadem conditio personarum), *importa considerar ahora para los efectos del caso sub examen, los dos factores integrantes del límite objetivo: la* eadem res *que se traduce esencialmente en que no le es permitido al Juez desconocer o disminuir el bien jurídico disputado en el proceso precedente reconocido en la sentencia; y la* eadem causa petendi *o identidad de la*

causa de pedir, que se concreta en el motivo o fundamento inmediato del cual una parte deriva su pretensión deducida en el proceso.

Si bien es cierto que hoy resulta indiscutible que el límite objetivo de la cosa juzgada lo forman, en conjunto, el objeto y la causa de pedir, también lo es que no siempre es fácil escindir lo que es materia de decisión en la sentencia, o sea su objeto en sí mismo considerado, y la razón o motivo de la reclamación de tutela para un bien jurídico, desde luego que se trata de dos aspectos íntimamente relacionados entre sí. De ahí por qué sea recomendable examinar tales dos cuestiones como si se tratara de una unidad para determinar de esa forma en todo el conjunto de la res indicata deducida, tanto la identidad del objeto como la identidad de causa: sobre qué se litiga y por qué se litiga.

5. Si teniendo en cuenta los anteriores criterios doctrinarios que recibieron consagración positiva en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, en orden a decidir, se examinan y confrontan las pretensiones alegadas por los ejecutados en la fase de conocimiento del anterior proceso de ejecución con las deducidas en éste, se verá cómo ciertamente no se configuran las referidas identidades objetivas. En tanto en el anterior se alegaron simulación del contrato fuente de la obligación, inexistencia del título para hacerla efectiva e imposibilidad de cumplimiento, en el nuevo proceso se invoca el desequilibrio de las prestaciones en tal convenio con la pretensión de que se restablezcan, fenómenos que desde luego se apoyan en supuestos de hecho completamente diferentes. "La identidad de pretensiones, clave esencial en la identidad objeto de los procesos, sostiene Guasp, exige, por lo tanto, aparte de la identidad de los sujetos que litigan, la identidad del bien sobre que se litiga y la identidad de los fundamentos de hecho en virtud de los cuales se litiga" ("Derecho Procesal Civil", Tomo I, Madrid, 1977, Pág. 561).

El planteamiento del recurrente en el sentido de que a los ejecutados les precluyó el derecho a impugnar el contrato por la vía de la acción rescisoria, al no haberlo hecho valer juntamente con las demás defensas en el anterior proceso, sería de recibo si de una parte, se admitiera su procedencia en esa clase de proceso, y, además, el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, que garantiza la defensa del ejecutado u otra norma del estatuto procedimental, sentara una regla como la que para el ejercicio de algunos derechos procesales consagra el artículo 100 del mismo ordenamiento. La expresión empleada por el citado artículo 509 al decir que el "demandado podrá proponer en un solo escrito todas las excepciones que tuviere", no tiene alcance diferente al de que, dada la índole especial del proceso compulsivo, en esa oportunidad el ejecutado podrá proponer, valiéndose de un escrito único, tanto las excepciones previas como las de mérito que crea se configuran, al contrario de lo que sucede en otros procesos según las previsiones de los artículos 92-3 y 98 del Código.

De otra parte, como lo enseña la doctrina de los procesalistas y lo tiene previsto el Código de Procedimiento Civil, la fuerza de la cosa juzgada se contrae a las cuestiones que han sido materia de decisión; por esta razón precisamente el inciso 2º del artículo 304 del referido ordenamiento establece que la sentencia ha de pronunciarse de manera "expresa

y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda y de las excepciones". Desde luego, es probable y así ha ocurrido que en el desarrollo del proceso las partes debaten de situaciones fácticas relativas a la legitimación o a las condiciones de validez formal del proceso por ejemplo y el fallador al pronunciarse sobre el fondo de las cuestiones litigiosas no se refiera expresamente a dicha legitimación o presupuestos procesales. En tales casos, según lo ha dicho reiteradamente la Corte, no puede afirmarse que el pronunciamiento sea deficiente u omiso. Más aún, ha sostenido que "cuando el acogimiento de una pretensión envuelve necesariamente la repulsa de otra o de una excepción, ya porque sean incompatibles, ya porque en la parte motiva expresamente se expusieron los hechos que determinaban el rechazo, el silencio que sobre ello se advierta en la parte decisoria del fallo, no implica falta de resolución, pues en el punto resulta clara la decisión del fallador, aunque, en verdad, no sea expresa como lo impera la norma predicha" (Cas. abril 28 de 1961, XCV, 2259, Pág. 496, 20 de septiembre de 1963, CIII y CIV. Pág. 144, agosto 31 de 1972, CXLVIII, 1ª parte, Págs. 116 y 117). Tal ha sido el sentido que le ha dado la Corte a lo que por algunos se ha llamado el juzgamiento implícito, cuyos alcances, como se advierte, distan mucho del planteamiento hecho por el recurrente.

Significa lo que se acaba de decir que si en el anterior proceso los ejecutados no alegaron ni controvirtieron acerca de hechos relacionados con supuestos vicios del acto o contrato cuya efectividad procuraba el demandante y la sentencia de excepciones se limitó a pronunciarse sobre las defensas expresamente propuestas, resulta inadmisible la tesis de que el acto objeto de reparos por los ejecutados hubiese salido purificado o inmunizado de cualquier otro vicio que pudiera hacerse valer como acción en proceso posterior, en virtud de un presunto juzgamiento implícito.

Siendo ello así y no configurándose la cosa juzgada respecto de la pretensión rescisoria por lesión, al contrario de lo que estima el recurrente, el fallador de segundo grado no tenía por qué dar aplicación a lo que en punto a excepciones establece el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, lo que conduce a sostener que en forma alguna infringió las disposiciones citadas al principio.

Por tanto el cargo se rechaza.

Cargo tercero. Lo formula también por la vía directa y lo hace consistir en que la sentencia acusada infringe, bajo la forma de interpretación errónea, los artículos 1947, Inc. 2º y 1948 del Código Civil

Comienza el recurrente por recordar cómo el Tribunal, apartándose de lo dicho por el *a quo*, sostiene que debe tenerse como justo precio el que tenía el inmueble al tiempo del otorgamiento de la escritura que contiene la venta impugnada por causa de lesión. "Estimó el Tribunal que el artículo 1947, inciso 2º, no deja duda al respecto, puesto que se refiere al contrato de venta, sin que valga argüir en contra, dice, que cuando la venta está precedida de promesa en ésta quedan acordadas las condiciones de aquélla, pues la venta apenas viene a existir con el otorgamiento de la escritura pública".

Esa conclusión del sentenciador de segundo grado coincide con la posición adoptada por la Corte en el año de 1969 en el sentido de que en casos como el que motivó su decisión sí procede la rescisión; empero, discrepa de dicha doctrina de la Corte en el punto atinente al tiempo al cual debe entenderse referida la consumación de la lesión enorme, pues al paso que la sentencia recurrida del Tribunal refiere ese momento a la celebración del contrato de venta prometido, la tesis de la Corte lo remite al de la celebración del contrato de promesa de dicha venta.

La Corte en la aludida sentencia, dice a renglón seguido el recurrente, "repudia terminantemente la argumentación de que se tenga como tiempo de la lesión el del contrato prometido, pues, dice, tal modo de pensar 'desconoce los móviles y la real voluntad de las partes, como también desvía la institución de la lesión enorme de los fines que han determinado su establecimiento legal, convirtiéndola eventualmente en instrumento de fraude e iniquidad', para ejemplo contundente, de lo cual alude a lo ignominioso que sería que empresas urbanizadoras que suelen colocar vivienda a través de contratos de promesa, con plazo más o menos largo para que dentro de él el cliente vaya pagando el precio pactado en la promesa, en ese tiempo justo, luego de otorgada la escritura de la venta prometida pudieran aprovecharse de los cambios monetarios y económicos ocurridos entre tanto, con el consiguiente aumento del justo precio del inmueble prometido, para alegar lesión enorme y hacer estériles los esfuerzos del ahorrador. Ciertamente, repugna al más mínimo sentido moral, económico y jurídico darle vía a una idea como la que el Tribunal defiende en su fallo, y por eso la conciencia se pone de antemano en guardia contra una interpretación de las normas reguladoras del fenómeno de la lesión enorme en el contrato de venta, que conduzca a semejante absurdo".

Tras reproducir apartes de la referida sentencia de 1969, agrega el casacionista, es palmario que dentro de esa nueva posición de la Corte en materia de lesión enorme de venta antecedida de promesa, el desajuste entre el precio pactado y el justo del inmueble vendido ha de referirse al tiempo de la celebración de la promesa, siendo indiferente el que se dé al tiempo de la celebración de la venta prometida; todos los efectos han de producirse y deducirse en relación al tiempo de la promesa; todo lo cual es apenas lógico, pues la venta se pactó de acuerdo con las circunstancias económicas del momento de la promesa, no con las reinantes en el tiempo de la celebración de la venta prometida; fue entonces cuando entraron en juego los móviles que inspiraron el concurso de las declaraciones de voluntad de las partes.

Como dentro de la doctrina de la Corte, en el caso de autos se daba la lesión enorme en marzo de 1979, es decir, cuando se celebró el contrato de promesa que dio lugar a la venta impugnada, agrega seguidamente, "era entonces pertinente darle aplicación de los artículos 1946, 1947 y 1948 del Código Civil, y declarar rescindida por causa de la lesión demandada, como en efecto lo hizo el Tribunal sentenciador de segunda instancia. En eso, pues, no habría infracción de los aludidos preceptos. Lo que sí no era pertinente, y por eso sí hubo infracción de dichos preceptos, en particular de los dos últimos, era tener en consideración como justo precio del inmueble, para efectos de la rescisión, el que correspondía

a éste al tiempo del contrato de venta, en vez del que le correspondía al tiempo de la promesa. El Tribunal, pues, habría aplicado las normas pertinentes al caso, pero alterando sus alcances, y de ahí que el cargo se haya formulado por la vía directa y por interpretación errónea de los susodichos textos''... ''En tal virtud, en el numeral segundo de la parte resolutiva no debió disponerse que el demandado, como comprador, podía evitar la rescisión completando el justo precio del inmueble al tiempo de la venta, con deducción de una décima parte, o sea la suma de $ 4.243.170.00, sino que podía evitarla completando el justo precio al tiempo de la promesa, que según el peritazgo obrante en el proceso era la suma de $ 3.646.450.00, con deducción de una décima parte; o sea que el Tribunal no ha debido revocar la que el *a quo* había dicho en ese punto bajo el numeral 6º de la parte resolutiva de su sentencia, sino confirmarlo''.

Finalmente, con el propósito de refutar el Tribunal, sostiene el casacionista que no le asiste razón cuando ''arguye en defensa de su tesis que tener como justo precio el del tiempo de la promesa, en vez de la fecha de la venta, 'sería tanto como ordenar otra lesión', porque la lesión no sería sino una, manifestada al tiempo de la promesa, pero trascendente apenas respecto del contrato de venta celebrado en cumplimiento de ella. Por eso mismo es equivocada también la argumentación del Tribunal de que si el precio justo que se toma en cuenta es el del tiempo de la promesa, con ello se 'termina por crear la rescisión de la promesa de venta'; pero además porque no es nunca la promesa misma la que se rescinde, sino la venta que desde el tiempo de aquélla viene afectada con esa tara''.

Remata el cargo solicitando se case el fallo acusado a fin de que en nueva sentencia se decida sobre la base de que es el justo precio al tiempo de la promesa de venta de marzo de 1979, el que se debe tener en cuenta para declarar la lesión enorme objeto de las pretensiones de los actores, confirmando en ese punto la sentencia del Juez *a quo*.

SE CONSIDERA

1. El casacionista, como resulta del desarrollo del cargo enjuicia la decisión del Tribunal por cuanto apartándose tanto de la jurisprudencia de la Corte sentada en la sentencia de 26 de abril de 1961 y la que ha venido reiterando desde el 23 de junio de 1969, para terminar solicitando a la Corte case la sentencia del Tribunal y se le dé cabida a esta última jurisprudencia, lo cual efectivamente hará, pues, con arreglo a lo expuesto antes, ciertamente el sentenciador de segundo grado incurrió en el yerro hermenéutico que la censura le achaca en este cargo.

Las razones tenidas en cuenta por la Corte al sentar su jurisprudencia en el sentido de que la promesa de venta sí tiene incidencia en la ponderación de la lesión enorme del acto prometido, debiéndose tomar como justo precio el del momento de la promesa y no el de la venta, ante la persistencia de fenómenos de tal entidad como las fluctuaciones monetarias y el desarrollo urbano y rural mantienen su vigencia.

Hoy como entonces, es un hecho indiscutible que la promesa de contratar ha alcanzado señalada importancia en comercio y ha logrado sobreponerse

a los prejuicios que antaño suscitara; a ella se recurre para asegurar de una vez los resultados de un negocio que los interesados no pueden o no quieren cumplir de inmediato pero procuran, mediante ella, garantizar de antemano sus condiciones; tal ocurre con las transacciones sobre mercancías por fabricar, y en general sobre cosas futuras. A ella acuden con inusitada frecuencia las empresas urbanizadoras y constructoras quienes en las crecientes transacciones inmobiliarias determinadas por el enorme desarrollo urbano y el auge de la parcelación de la propiedad rural encuentran en ella la forma de facilitar a sus clientes la inversión de sus ahorros con la concesión para largos plazos, etc.

Refiriéndose a tales hechos, dijo la Corte en su sentencia de 1969: "Puede, entonces, ocurrir que en el interregno entre la promesa y el perfeccionamiento del contrato prometido circunstancias económicas de orden general, como las devaluaciones monetarias, y aun otras particulares como la valorización intrínseca de los inmuebles prometidos, debido al progreso de la zona de sus ubicaciones, a las obras adelantadas por el prometiente vendedor o por las entidades públicas, etc., lleguen a variar considerablemente el valor comercial de tales bienes, hasta el punto de que la variación alcance a rebasar el límite a partir del cual el desequilibrio entre este precio comercial y el convenido en la promesa pudiera reputarse como constitutivo de lesión enorme. Claro es que en estas hipótesis y en otras semejantes el funcionamiento mecánico de la institución, referido exclusivamente a las condiciones económicas del negocio, el tiempo de su culminación, o sea con absoluta prescindencia de las que existían en el plenario y concretarlo en una promesa quizás concertada con mucha anticipación, según lo propugna la tesis que ahora se critica, desconoce los motivos y la real voluntad de las partes, como también desvía la institución de la lesión enorme de los fines que han determinado su establecimiento legal, convirtiéndola eventualmente en instrumento de fraude e iniquidad. Piénsese, si no, en la caótica situación social y jurídica que se presentaría al permitírseles a los ya aludidas empresas urbanizadoras, constructoras y parceladoras que se sirven del ahorro de su clientela para el fomento de su tráfico, desconocer las condiciones de las promesas que con éste suelen celebrar precisamente con tal objeto, so pretexto de que esas condiciones hayan variado en el transcurso de un lapso más o menos largo y aún por causas extrañas, como lo son las fluctuaciones monetarias o el desarrollo urbano o rural". (G. J. *Tomo CXXXI, pág. 41*).

Viene de lo expuesto, como ya se anunció, el cargo está llamado a prosperar y, por lo tanto, la Corte casará parcialmente el fallo recurrido y en instancia confirmará el numeral 2º de la sentencia del juzgador de primer grado.

Cuarto cargo. Se acusa la sentencia por violación indirecta de los artículos 961, 964, 1746 y 1948 inciso 2º del Código Civil, por aplicación indebida, a consecuencia de los errores de hecho cometidos en la apreciación de la prueba.

El Tribunal, dice el censor, confirmó las condenas impuestas al demandado de restituir el inmueble y pagar el valor de los frutos que hubiera podido percibir a partir de la fecha de contestación de la demanda, es decir del 27 de agosto de 1962; condenas que suponen que el inmueble fue entre-

gado materialmente al demandado y que éste lo está disfrutando. Supuso el Tribunal y así lo aseveró en la sentencia, que en el plenario obra prueba de que el inmueble le fue entregado materialmente a aquél.

Tal apreciación, sostiene el recurrente, es contraevidente y envuelve un manifiesto error de hecho en dos sentidos: de un lado, no existe la menor prueba de que a Montoya Gómez se le hubiera entregado materialmente la finca; esto no obstante que generalmente tal hecho se acredita por la declaración que usualmente los compradores hacen en las escrituras, lo que en el caso de autos no ocurrió, dada la circunstancia que fue extendida de conformidad con las previsiones del artículo 501 del Código de Procedimiento Civil; de otro lado, existe prueba en el sentido de que el inmueble objeto de la enajenación se halla en poder de los demandantes y bajo la posesión de éstos. Así lo demuestra el dictamen de los peritos en el cual éstos afirman: "*Posesión material del predio y pago de trabajadores.* El inmueble observado *no se encuentra en poder del demandado doctor Iván Montoya. La posesión aún la tienen el señor Néstor Buitrago y señora. Ellos efectúan también el pago personal de trabajadores*". Por tal razón, agrega el recurrente, el comprador adelanta en la actualidad contra los vendedores el proceso de entrega de que trata el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil.

De esta manera, al dar por establecido sin estarlo que el demandado recibió el inmueble y lo entró a poseer, así como por no haber visto la prueba de que aún se halla en poder de los demandantes, el Tribunal incurrió en ostensibles errores que lo llevaron a imponer condenas improcedentes, violando las normas citadas. Por tanto, remata el censor, el fallo debe ser casado en los referidos puntos, para que en la nueva sentencia se absuelva al demandado de las respectivas pretensiones.

Se considera

1. *Ante la procedencia de la rescisión y la posibilidad de que el demandado opte por no impedirla, el sentenciador ha de ocuparse en definir lo concerniente a las prestaciones mutuas aun cuando no se hubieren formulado súplicas expresas en esta materia, como que se suponen envueltas necesariamente en el objeto de la pretensión y en los fines de la acción judicial. Desde luego que tal pronunciamiento consecuencial deberá fundamentarse en los elementos de prueba oportuna y legalmente incorporados al proceso.*

2. En el caso de este litigio, el Tribunal partiendo del supuesto que el inmueble objeto de la venta se halla en poder del comprador demandado, se limitó a confirmar las condenas que se le impusieran en el sentido de que debe restituir a los demandantes, en el término de un mes, el inmueble objeto de la venta "con todos sus componentes, anexidades, mejoras y usos, purificándolo previamente de las hipotecas u otros derechos reales constituidos en él"; así como "el valor de los frutos que haya percibido o podido percibir con mediana inteligencia y actividad a partir de la fecha de la demanda.

El Tribunal dio por establecido, es del caso repetirlo, que el inmueble que el demandado adquirió mediante la Escritura número 1454 de 29 de

julio de 1982, de la Notaría Primera de Manizales, le fue entregado al comprador y que "no hay duda que el inmueble está aún en poder del comprador", sin reparar que según el texto de la citada escritura, "la entrega material del lote objeto de esta compraventa se hará dentro de los quince (15) días siguientes de la fecha de esta escritura" (cláusula quinta); que los peritos que intervinieron consignaron en su dictamen, luego de informar que personalmente reconocieron el inmueble, que el predio está destinado a ganadería y que los semovientes que allí se encuentran son de propiedad de los demandantes, puntualizaron: "Posesión material del predio y pago de los trabajadores. El inmueble observado no se encuentra en poder del demandado doctor Iván Montoya. La posesión aún la tienen el señor Néstor Buitrago y señora. Ellos efectúan también el pago al personal de trabajadores"; tampoco observó el Tribunal que, la codemandante, al referirse a las relaciones existentes con el demandado, sostiene que éste con anterioridad solamente estuvo como administrador de la finca por un término de ocho meses. Esto lo dijo al absolver el interrogatorio de parte de 5 de abril de 1983, al día siguiente de presentado el citado dictamen.

3. Ciertamente no obra en el proceso prueba de que al demandado se le hubiese cumplido la obligación de entregarle materialmente el lote vendido, en el término señalado en la escritura, ni tampoco que lo esté usufructuando; en cambio, sí se encuentra establecido que la posesión material del mismo se halla en poder de los demandantes. Siendo ello así, el Tribunal incurrió en los yerros que la censura le atribuye, errores que lo llevaron a imponerle unas condenas que carecen de soporte probatorio, infringiendo de ese modo las normas indicadas en el cargo, pues no procedía su aplicación. Por consiguiente el cargo está llamado a prosperar.

Cargo quinto. Denuncia el recurrente infracción por interpretación errónea del artículo 1948 del Código Civil y a la vez aplicación indebida de los artículos 1626 y 1646 del mismo estatuto.

Tras concluir que procedía la declaratoria de rescisión por lesión enorme pretendida en la demanda y examinar las consecuencias de tal declaración, el Tribunal se refirió a la opción que conforme al artículo 1948 del Código Civil tiene la parte vencida de consentir la rescisión o impedirla completando el justo precio, con deducción de una décima parte para expresar luego que, "esta Sala desde tiempo atrás ha considerado que todas las condenas a restituir una suma de dinero, por razones de elemental equidad frente a la desvalorización de las especies monetarias debe hacerse en su equivalente en unidades de valor constante (UPAC)". Y en tal virtud, dice el censor, adicionando en ese punto la sentencia de primer grado, que nada había dispuesto sobre el particular, ordenó que "las condenas a restituir las sumas de dinero a que se refieren los numerales 5º y 6º deberán hacerse en su equivalente en UPAC al 29 de julio de 1982", fecha de la venta.

Como se ve, observa la censura, a juicio del Tribunal el complemento para completar el justo precio, si el comprador quiere impedir la rescisión, se le debe dar el mismo tratamiento como si se tratara de una *obligación* impuesta al comprador, lo que es manifiestamente erróneo; tal abono constituye una simple *carga* establecida en beneficio del demandado, cuyo cumplimiento no puede por ser tal exigir el vendedor.

"A la sombra del error de interpretación, dice finalmente, ha de entenderse que el Tribunal estimó, equivocadamente también, desde luego, que el comprador es deudor del vendedor, por el concepto expresado, desde la fecha de la venta afectada de lesión enorme, por ende deudor moroso obligado adicionalmente a pagar perjuicios. Con base en montaje tan absurdo, es que posiblemente entendió que sólo con el reajuste monetario cubría el deudor debidamente su deuda, conforme a los artículos 1626 y 1646 del Código Civil, indebidamente aplicados".

Consideraciones de la Corte

1. *Dada la forma como se halla organizado el ejercicio de la acción rescisoria en nuestro Código Civil, no puede el demandante lesionado que pretenda restablecer las condiciones económicas de equilibrio pedir se condene al demandado a que complete el justo precio con deducción de una décima parte, en tratándose del vendedor lesionado; o la restitución del exceso del precio recibido cuando sea el comprador el afectado. Su pretensión principal se ha de concretar a que se declare rescindido el contrato por causa de lesión.*

Una vez producida la declaratoria de rescisión, puede la parte demandada, compradora o vendedora, según el caso, evitar los efectos de tal declaratoria o consentir en ella, como convenga a sus intereses, haciendo valer la opción que le otorga el artículo 1948 del Código al establecer que "el comprador contra quien se pronuncia la rescisión, podrá, a su arbitrio consentir en ella o completar el justo precio con deducción de una décima parte y el vendedor, en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte".

2. *Como se infiere de lo que se acaba de observar, los efectos de la rescisión por lesión una vez declarada difieren fundamentalmente de los de otras figuras como de la nulidad por ejemplo, diferencias que se explican por su carácter excepcional con que se le concibió en el derecho romano y que aún conserva, al menos en el derecho francés, chileno y el nuestro y que al mismo tiempo, indican que no pueden recibir un mismo tratamiento.*

Un rápido parangón de las normas que regulan la nulidad y las propias de la rescisión pone de presente que entre una y otra existen las siguientes diferencias: a) Que en tanto la primera pueda pronunciarse cualquiera que haya sido la suerte de la cosa sobre que se contrató, la rescisión no procede si dicha cosa se perdió en poder del contratante que la recibió si éste la enajenó (art. 1961); b) Mientras la nulidad procede aún en el caso de que el demandado ofrezca pagar lo que debe, la segunda puede evitarse completando el justo precio o restituyendo el exceso en los términos del artículo 1948 del Código; y, c) Finalmente, en lo que concierne a la restitución de frutos e intereses, especialmente cuando la nulidad se pronuncia frente a un poseedor de mala fe, también se presentan notorias diferencias.

3. Dados, pues, su naturaleza tan especial y los efectos que a la declaratoria de rescisión atribuye el artículo 1948 del Código, al haber dispuesto el Tribunal que se incrementara con la corrección monetaria el valor de las

prestaciones sobrevinientes por el acogimiento de la pretensión rescisoria, resulta indiscutible que infringió dicha norma atribuyéndole un alcance que no tiene y eso lo llevó a aplicar indebidamente otras. Obsérvese cómo al precisar los efectos de la rescisión respecto de los intereses y frutos, en su inciso segundo previene que éstos no se deben sino desde la fecha de la demanda, para finalizar diciendo que fuera de tales conceptos no "podrá pedirse cosa alguna en razón de las expensas que haya ocasionado el contrato".

En tales condiciones, si a pesar de la terminante prohibición legal el Tribunal impuso a las partes como consecuencia de la prosperidad de la rescisión una prestación no autorizada por el referido artículo 1948 que, se repite, no permite pedir cosa distinta de intereses y frutos, ciertamente incurrió en el yerro hermenéutico que la censura le endilga y, por tanto, el cargo está llamado a prosperar. Naturalmente, como consecuencia de tal prosperidad, la sentencia impugnada habrá de casarse en esa parte.

Cargo sexto. Con relación a este cargo que viene montado por la causal segunda del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, ha de decirse que como la finalidad que con él se propone el recurrente la obtuvo por la prosperidad del cargo quinto, por sustracción de materia, se hace innecesario su estudio.

Sentencia sustitutiva

Resulta de todo lo expuesto, que por la prosperidad de los cuatro últimos cargos la sentencia combatida en el recurso extraordinario tiene que casarse; mas, como su quiebre no alcanza a la pretensión deducida como principal por los demandantes sino a las consecuenciales, se tendrá en cuenta para la sentencia sustitutiva las siguientes consideraciones:

a) La promesa de venta del inmueble de propiedad de los demandantes se acordó el día 21 de marzo de 1979 y, según lo estipulado en ella, la escritura de venta se otorgaría dos meses después: sin embargo, la venta del inmueble sólo vino a efectuarse el 29 de julio de 1982, según quedó consignado en la Escritura número 1454 de esa fecha, extendida ante el Notario Primero de Manizales.

b) De conformidad con el dictamen que sin reparo de las partes ha obrado como prueba en el proceso, los peritos fijaron como justo precio del inmueble objeto de la venta, así:

1) $ 3.646.450, para el 21 de marzo de 1979.

2) $ 3.646.450, para el 21 de marzo siguiente, y

3) $ 6.381.300, para el 29 de julio de 1982.

Y de conformidad con lo dicho en el despacho del cargo tercero, según reiterada doctrina jurisprudencial de la Corte, en tratándose de acción rescisoria de una compraventa celebrada en cumplimiento de un contrato de promesa, procede la rescisión si la diferencia de ultramitad existía al momento de acordar la promesa.

c) Dado el hecho de que el 21 de marzo de 1979 el inmueble objeto de la promesa y posterior venta tenía un precio de $ 3.646.450 y el conve-

nido entre las partes y consignado a órdenes de los prometientes vendedores fue de $ 1.500.000, para tal fecha se daban los supuestos de la lesión, y en tales términos procedió el Juzgado de conocimiento.

d) Según los elementos de prueba enunciados en el despacho del cargo cuarto, en el proceso no obra prueba de que al demandado se le hubiese entregado materialmente el inmueble objeto de la venta y sí, por el contrario, que la tenencia material la conservan los demandantes; de allí que resulte improcedente la condena a la restitución y cancelación de frutos como lo previene el artículo 1948, para el evento de que el demandado opte por no impedir la rescisión.

e) Consta, de otra parte, que el recurrente no solicitó suspensión de la ejecución de la sentencia y que se expidieron por el Tribunal copias para tales efectos. Por tanto, la Corte dará aplicación a lo dispuesto por el artículo 376 del Código, y se declarará sin efecto los actos procesales realizados; con tal fin el Juez de la primera instancia tomará las medidas de que habla la disposición.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el 3 de abril de 1984 en este proceso y actuando en sede de instancia,

Resuelve:

Primero. Confírmanse los numerales 1º, 2º, 5º, 6º y 7º de la sentencia de 22 noviembre de 1983 proferida en este proceso por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Manizales y que ha sido objeto de apelación.

Segundo. Revócanse los numerales 3º y 4º de la misma sentencia, cargos de los cuales se absuelve al demandado.

Tercero. No hay lugar a costas en la segunda instancia.

Cuarto. Se declaran sin efecto los actos procesales llevados a cabo en cumplimiento de la sentencia recurrida en casación. El Juez de primera instancia adoptará las medidas de que habla el artículo 376 del Código de Procedimiento Civil.

Quinto. Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

PATERNIDAD NATURAL

Caducidad de los efectos patrimoniales. Artículo 10 de la Ley 75 de 1968. Aplicación en el tiempo. Cuándo no opera.

CADUCIDAD Y PRESCRIPCION

Diferencias entre estas dos instituciones jurídicas.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

Bogotá, D. E., 26 de agosto de 1985.

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 24 de agosto de 1984, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en este proceso ordinario instaurado por Jaime Humberto Torres en frente de los herederos de Adolfo Hernández Cruz

I. EL LITIGIO

1. Mediante libelo que en repartimiento del 30 de septiembre de 1982 le correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Villavicencio, el mentado Jaime Humberto demandó a Mercedes Celeyta de Hernández, como cónyuge sobreviviente del finado Adolfo Hernández Cruz y a los hijos del causante, Jairo, Héctor, Adriana, Miguel, Saúl, Nelson, Hernando, Edinson y Cilia Hernández Celeyta a fin de que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se hiciesen los siguientes o similares pronunciamientos:

Que el demandante, hijo natural de Ana Dolores Torres, lo es también de Adolfo Hernández Cruz; que como tal tiene derecho a la herencia de éste en su calidad de legitimario y en concurrencia con los demandados; que se disponga tomar nota del reconocimiento en el registro civil; que,

como consecuencia, se ordene rehacer la partición hecha en el sucesorio de su padre y se condene a los demandados a restituir al demandante, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del fallo que así lo disponga, los bienes hereditarios o la cuota de estos a que tiene derecho, junto con los frutos que hubieren producido durante el tiempo en que los han tenido en su poder; y, finalmente, que se los condene además, en caso de oposición, al pago de las costas procesales.

2. En su demanda el demandante invocó, como hechos constitutivos de la *causa petendi*, los que sustancialmente quedan comprendidos en las siguientes afirmaciones:

Que a partir del año de 1945 el finado Adolfo inició en la población cundinamarquesa de Cáqueza relaciones amorosas con Ana Dolores Torres, quienes convivieron "como marido y mujer", continuadas luego en Villavicencio donde los amantes establecieron un negocio común "de tienda y heladería"; que fruto de tales relaciones sexuales notorias y permanentes fue la procreación de Jaime Humberto Torres, cuyo nacimiento ocurrió el 3 de marzo de 1951, en la primera de las poblaciones citadas; que desde cuando el demandante nació y hasta la muerte del mentado Hernández Cruz, ocurrida el 24 de octubre de 1980 en la ciudad de Bogotá, a donde debió trasladársele por motivos de una grave enfermedad cardíaca, éste dio a aquél el trato de hijo suyo, atendió a los gastos de sostenimiento y educación, pues lo tuvo estudiando "en el Externado Salazar de la ciudad de Bogotá y en la Armada Nacional"; que en esa calidad lo presentaba ante sus relacionados, "inclusive ante su misma esposa e hijos del matrimonio, quienes siempre han tenido a Humberto como hermano".

Agrega el demandante que su padre, quien en vida había contraído matrimonio con Mercedes Celeyta, procreó en esta unión a los hijos demandados; que al morir dejó bienes herenciales, muebles e inmuebles, que tienen un valor comercial superior a los $ 10.000.000, los que en la respectiva mortuoria fueron repartidos entre éstos, con exclusión del demandante; y que su madre Ana Dolores Torres, quien a la sazón era soltera, observó siempre una ejemplar fidelidad para con su concubinario, "dedicando todo su tiempo a las labores propias del negocio que habían establecido" con éste "y a la atención del hogar formado con él".

3. En su oportuna contestación a la demanda todos los demandados, luego de aceptar los hechos invocados por el demandante, salvo el atinente al valor de los bienes herenciales el cual negaron, expresaron no oponerse a la declaración de paternidad natural suplicada por el demandante, pero sí a la petición de herencia, pues manifestaron que tal derecho no lo tiene "en razón de haberlo transferido a título de venta con anterioridad a la aprobación de la partición de los bienes" dejados por el causante.

Y en esa misma oportunidad propusieron, como excepción de mérito, la que denominaron "carencia de acción", fundándola en la transferencia que el demandante hizo de sus derechos y acciones sucesorales en virtud de "la transacción o arreglo amigable y la renuncia a cualquier derecho de reclamación del mismo en favor de la sucesión...., operación plasmada en los términos del contrato privado suscrito en Villavicencio el día treinta y uno de marzo de mil novecientos ochenta y uno".

4. Replicada en tales términos la demanda, se continuó luego en la ritualidad de la primera instancia del proceso con la práctica de las pruebas pedidas por ambas partes.

Y surtido que fue todo el trámite del grado, el juzgado del conocimiento dictó su sentencia de 12 de septiembre de 1983, mediante la cual declaró:

a) Que el demandante es hijo natural de Adolfo Hernández;

b) Dispuso, como consecuencia, tomar nota del reconocimiento hecho en el registro del estado civil;

c) Declaró probada "la excepción presentada por los demandados" y por lo consiguiente denegó todas las pretensiones de orden patrimonial deducidas por el demandante en su demanda;

d) Ordenó cancelar la inscripción de la demanda; y

e) Por último, decidió que no hay lugar a costas en la instancia.

5. Como efecto de la apelación interpuesta por el demandante contra las resoluciones que contenidas en esa providencia le resultaron desfavorables, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, el que, después de ritual el trámite del grado, profirió su fallo de 24 de agosto de 1984, con el cual decidió el litigio así:

a) Confirmó los ordinales 1º, 2º, 4º y 5º de la parte resolutiva de la sentencia apelada, es decir, los referentes a la declaración de paternidad, anotación del reconocimiento, cancelación del registro de la demanda y no condenación en costas;

b) Infirmó la aceptación de la excepción propuesta y dispuso, en su lugar, que no hay lugar a las pretensiones de orden económico por "estar caducado el derecho" patrimonial del demandante; y

c) Por último, impuso las costas de la segunda instancia al apelante.

II. Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Tras relatar los antecedentes de la cuestión litigada y de compendiar el trámite del proceso, advierte el Tribunal que en el presente caso procede proferir sentencia de mérito, que haga tránsito a cosa juzgada material, ya que se dan cita los presupuestos procesales indispensables al efecto.

2. Y dando por aceptada la paternidad natural del demandante en relación con Adolfo Hernández Cruz, declaración fundamental contenida en la sentencia de primer grado y que encontró fuera de la órbita de la apelación interpuesta por aquél y consentida por los demandados, acomete el Tribunal de Villavicencio sus motivaciones en punto a las consecuencias de orden patrimonial que esa resolución pueda tener.

Dice al respecto el *ad quem*, orientando su razonamiento a la revisión de lo que el *a quo* decidió en ese específico aspecto de la cuestión litigiosa, que antes de estudiar la excepción de "carencia de derecho" que los deman-

dados propusieron, es procedente analizar "si conforme a las normas que regulan la materia el reconocimiento de hijo natural hecho produce efectos patrimoniales", pues que de no producirlos "sobraría el análisis de las defensas por sustracción de materia".

3. Para responder su interrogante el Tribunal inicia con la transcripción del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, que complementa con la de la jurisprudencia de la Corte en la materia, para deducir, con apoyo en tales dos fundamentos de orden jurídico, que si desde la muerte del presunto padre hasta el momento en que quede trabada la relación jurídico-procesal han pasado dos años o más, "opera la caducidad del derecho a obtener" efectos patrimoniales como consecuencia de la prosperidad de la acción de filiación.

Descendiendo al caso *sub judice* advierte el sentenciador de segundo grado que el padre natural Adolfo Hernández Cruz murió el 24 de octubre de 1980; que la demanda, si bien fue presentada el 30 de septiembre de 1982, sólo vino a notificarse a todos los demandados en noviembre de este año, o sea, agrega, después de la "fecha en la que vencía el término de dos años consagrados en la ley para que se produjera la caducidad de los efectos patrimoniales de la declaración de paternidad".

4. Conclusión de este análisis suyo es pues, para el Tribunal de Villavicencio, la de que "la sentencia de paternidad en el presente caso no puede producir efectos patrimoniales por virtud de la caducidad del derecho": y que "así ha debido declararlo el juzgado de primer grado, sin que hubiese tenido necesidad de entrar a analizar la excepción propuesta, porque como atrás se expresó, si el derecho reclamado no existe o no está en cabeza del demandante, inexorablemente habrá de producirse un fallo absolutorio, siendo pues superfluo entrar a estudiar las excepciones que haya propuesto el demandado, por falta de materia".

III. El recurso extraordinario

1. Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandante. En la respectiva demanda y con fundamento en la primera de las causales que consagra el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente formula contra dicho fallo un solo cargo.

Mediante él lo acusa "de violar indirectamente, por aplicación indebida del artículo 10 de la Ley 75 de 1968" y de los textos 18, 23, 24 y 28 de la Ley 45 de 1936; 1274, 1275, 1277, 1321, 1322, 1323, 1324, 1325, 2524 y 2939 del Código Civil; y 90 y 339 del Procesal Civil, todos estos por inaplicación, "a consecuencia de evidentes errores de hecho" en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

2. Al iniciar el desenvolvimiento de este cargo expresa el recurrente, en primer lugar, que el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 es precepto inaplicable en el presente caso por el respeto debido al principio de la irretroactividad de la ley.

Explanando su postulado inicial, dice el casacionista, luego de recordar que el aquí demandante Jaime Humberto Torres nació el 3 de marzo de

1951, que "desde ese momento adquirió el derecho a heredar a su padre..., por ministerio de la ley y quedó bajo el amparo de la Ley 45 de 1936, en lo tocante a su estado civil, de hijo natural y a sus derechos patrimoniales"; que "la ley antigua, rige sólo, naturalmente, los actos jurídicos que se realizaron, definitivamente, con todos sus efectos, bajo su imperio, sin que la nueva ley, pueda afectarlos en ningún sentido"; y que la sentencia que hizo el reconocimiento de estado "no es una decisión creadora, constitutiva de un estado o de un derecho. Simplemente se contrae, se limita, a dar fe de ello... Y al reconocer ese derecho, lo cual representó tan sólo, una decisión declarativa, de una verdad, de un hecho existente, a partir del 3 de marzo de 1951, necesariamente, tiene que hacer lógica y coherente, la declaración de los derechos, que al diferirse la herencia de su padre... ingresaron a su patrimonio, aun cuando no tenga aún la posesión".

Añade la impugnación que al apuntado error *in judicando* llegó el sentenciador porque no vio el acta de nacimiento del demandante, que acredita la fecha de su nacimiento, y que ese error de hecho lo condujo a aplicar indebidamente el artículo 10 de la Ley 75 citada.

3. Dándole una segunda faz a su censura, dice el impugnador que también incurrió en yerro fáctico la sentencia al no ver los documentos "que obran a folios 17, 18, 19, 20, 21 y 12... documentos idóneos de los cuales se infiere, en primer lugar, que la demanda fue presentada personalmente, el 30 de septiembre de 1982 y de consiguiente, se interrumpió la prescripción o caducidad...".

Agrega el recurrente en esta segunda censura que trae el cargo, que el apoderado del demandante desplegó su actividad para que se notificara oportunamente el auto admisorio de la demanda; que, por consiguiente, los empleados de la Secretaría del Juzgado expidieron desde el 22 de octubre las boletas de citación para los demandados, a fin de que concurrieran a recibir la notificación dicha y el traslado, boletas que recibieron "el mismo día 22". "Esta situación, dice el censor, demuestra amplia y suficientemente que no operó el fenómeno prescriptivo o de caducidad, que se arguyó en la sentencia impugnada, por cuanto esas boletas y la presencia de los citados, configuraron la notificación, por conducta concluyente". Que, además, "con la presentación de la demanda y la actividad del apoderado del actor", se interrumpió la prescripción.

4. En remate de la formulación de esta faceta del cargo dice el impugnante que, de otra parte, también incurrió en error de hecho evidente el Tribunal al no ver que los demandados, en la contestación a la demanda, no propusieron "la excepción de prescripción, como tampoco la de caducidad y por ello, no podían declararse en la sentencia de segundo grado...".

IV. Consideraciones de la Corte

1º Como se desprende paladinamente del resumen que de él se ha hecho, *en la primera parte del cargo formulado estima el recurrente que en la sentencia que combate se aplicó indebidamente, a causa de error de hecho, el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, pues que a su juicio se la hizo actuar para regular los efectos patrimoniales de un estado civil adquirido cuando*

dicho estatuto aún no existía. O sea, para expresar la idea con criterio tautológico, que el sentenciador ad quem *cayó en falencia al precisar los efectos de dicha ley en el tiempo.*

Pero si la equivocación que en el punto se le endilga al Tribunal de Villavicencio implica, según el casacionista, error de hermenéutica jurídica que lo condujo a desconocer la validez de dicha ley en el tiempo, entonces ese presunto yerro ha debido denunciarse en casación por violación directa, y no por infracción indirecta como lo hace la censura; y, además, indicando como concepto de la violación la interpretación errónea, y nunca la aplicación indebida a la cual acude el impugnante.

Precisa recordarle al casacionista que *la violación de la ley en la especie de aplicación indebida, solamente se da cuando se aplica una norma legal que no regula el caso concreto que con ella se dirime; y que, en cambio, la interpretación errónea ocurre cuando se hace actuar la norma que sí es pertinente, pero alterándole sus verdaderos sentido y alcance.*

2º Pero si debiera hacerse abstracción de la ostensible falta de técnica que presenta la censura, para despachar negativamente ésta bastaría recordarle al recurrente que la *Corte Suprema, en punto a la cuestión referente a si es jurídicamente admisible aplicar a los hijos naturales cuyo padre murió antes de regir la ley 75 de 1968, o después de ésta pero antes del reconocimiento de aquéllos, el plazo de caducidad que para los efectos patrimoniales de la sentencia declarativa de la paternidad consagró el artículo 10 inciso 4º de la precitada ley, en providencias múltiples ha resuelto positivamente al interrogante (véanse sentencias de casación civil de 3 de noviembre de 1971, G. J., t. CXXXIX, 199; 10 de abril de 1972, t. CXLII, 129; 5 de diciembre de 1974, t. CXXXIX, 199).*

En todas ellas dijo al punto la Corporación, en esencia, que la muerte del presunto padre bajo la vigencia de la Ley 45 de 1936, y agregaría hoy que también bajo la vigencia de la Ley 75 pero antes del reconocimiento, no crea para sus pretendidos hijos naturales, es decir, para los que al entrar a regir la Ley 75 de 1968 aún no estaban reconocidos ni judicialmente declarados como tales, derecho alguno a acogerse a las disposiciones de aquélla que este último estatuto modificó. Las normas de la Ley 75 son aplicables desde el momento en que ésta entró a regir.

Y ello porque el artículo 19 de la Ley 153 de 1887 dispone que "las leyes que establecen para la administración de un estado civil condiciones distintas de las que exigía una ley anterior, tienen fuerza obligatoria desde la fecha en que empiecen a regir", por lo que en tal evento la nueva ley se halla al nacer frente a la mera expectativa de que no se modifique la situación existente antes de ella, y por tanto en ausencia de derechos adquiridos. Pero además porque el artículo 20 ibidem *establece que "el estado civil de las personas, adquirido conforme a la ley vigente en la fecha de su constitución, subsistirá aunque aquella ley fuere abolida; pero los derechos y obligaciones anexos al mismo estado, las consiguientes relaciones recíprocas. . . ,* se regirán por la ley nueva, *sin perjuicio de que los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto" (se subraya).*

3ª *En verdad que analizando el alcance del inciso 4º del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, en providencias múltiples ha dicho la Corte que la inteligencia que debe darse al texto legal citado es la de que él se refiere al caso preciso en que los funcionarios respectivos o los demandados de ninguna manera han impedido o dificultado la normal notificación del auto admisorio de la demanda. Pero que cuando es palmario que no obstante la diligencia del demandante, y a pesar de haberse presentado en tiempo la demanda, la notificación no pudo realizarse oportunamente, ya sea porque los demandados se ocultan, se ausentan del lugar donde se adelanta el proceso o porque la eluden o la dificultan de alguna manera, entonces la notificación por fuera de tiempo no alcanza a generar la caducidad de los efectos patrimoniales, desde luego que en tales eventos esa tardanza tiene su génesis en actos u omisiones de los demandados o en desidia o morosidad culpable de los funcionarios que deben realizar la notificación.*

En el caso de este proceso no es que el Tribunal no hubiera visto la fecha de la presentación de la demanda, ni las boletas de citación que la Secretaría del Juzgado dirigió a los demandados para que comparecieran a recibir la notificación del auto admisorio y el traslado respectivo, sino que no encontró en tales piezas, como no lo hay en realidad, la prueba de que todos o algunos de los citados hubieran eludido, entrabado o dificultado en forma alguna la correspondiente notificación; ni menos demuestran la actividad diligente del demandante para que la demanda, presentada sólo 23 días antes de vencerse el plazo indicado en la precitada ley y admitida 5 días luego de su presentación, quedará legalmente notificada antes del 24 de octubre de 1980 a todos los diez demandados.

No existe pues el error de hecho que en esta parte del cargo invoca el recurrente.

4ª *Bien es cierto que los demandados no propusieron la excepción de caducidad, ni menos la de prescripción al contestar la demanda. Empero, el Tribunal en su sentencia declaró probado oficiosamente aquélla y no ésta, que es únicamente la que para reconocerse tiene que estar alegada. Precisamente una de las diferencias entre tales dos instituciones jurídicas radica en eso: que la prescripción, para reconocerla judicialmente, tiene que ser invocada por el favorecido con ella, mientras que la caducidad puede y debe ser reconocida oficiosamente por el fallador.*

Pero además y en el evento de no aceptarse el argumento que antecede, habría que decir que *si la sentencia decidió excepciones no propuestas, esa presunta resolución* extra petita, *por estructurar un error* in procedendo, *no podría alegarse en casación a través de la causal primera, que está legalmente reservada para corregir los errores* in judicando.

5ª Para mayor abundamiento cabría decirle finalmente al recurrente que, en el supuesto de que sí existieran los yerros de apreciación probatoria que denuncia, ellos, por ser absolutamente intrascendentes, no autorizarían casar el fallo combatido y fallar en cambio el pleito en sentido contrario al que lo fue, puesto que el hijo natural reconocido se desprendió legalmente, en virtud de transacción, del derecho de orden patrimonial que hoy está reclamando.

En efecto. En el pacto que celebró el 31 de marzo de 1981 con la demandada Mercedes Celeyta de Hernández, cónyuge sobreviviente, prometió vender a ésta "todos los derechos que le correspondan o pudieran corresponder a título de herencia del señor Adolfo Hernández Cruz, en su condición de hijo natural no reconocido", por la suma de $ 1.500.000 que efectivamente recibió; y prometió hacer la escritura "para solemnizar la venta" el 10 de abril de 1981 en la Notaría 2ª de Villavicencio, la cual evidentemente no se otorgó. Pero en ese mismo documento manifestó que por razón de ese arreglo "no adelantará acción de petición de herencia, pues con el valor que se estipula en este contrato, considera suficientemente pagados sus posibles derechos hereditarios"; y que "en caso de presentársele alguna dificultad, que impida otorgar la escritura de venta de derechos, el presente documento tendrá los efectos de una transacción o arreglo amigable que hace el prometiente vendedor como presunto hijo natural del causante con la cónyuge sobreviviente del mismo, respecto al valor económico de los mencionados derechos, renunciando a cualquier derecho de reclamación en beneficio de la sucesión mencionada, que se tramita en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio".

6ª *Si según el artículo 2469 del Código Civil la transacción es un contrato "en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual", ella aparece dentro del panorama legal como referido a derechos controvertidos, y como prohibición a las partes para intentar o proseguir un proceso judicial. Requiere entonces como presupuestos para su formación los siguientes:*

a) La existencia actual o futura de discrepancia entre las partes acerca de un derecho;

b) Su voluntad e intención manifestada de ponerle fin sin la intervención de la justicia del Estado; y

c) La reciprocidad de concesiones que con tal fin se hacen, presupuestos que en este caso se dan cita.

Entonces, y *como lo ha dicho la Corte, en el contrato de transacción celebrado de acuerdo con las prescripciones generales de los contratos, su efecto no podrá ser otro que el de cerrar, ineludiblemente, absolutamente y para siempre el litigio en los términos de la transacción. "La controversia de allí en adelante carece de objeto, porque ya no hay materia para un fallo, y de fin, porque lo que se persigue con el juicio y la sentencia ya está conseguido. Las partes se han hecho justicia a sí mismas, directa y privadamente, en ejercicio de su libertad; de modo que la jurisdicción, que es institución subsidiaria, quedó sin qué hacer. Y se ha hecho justicia en la forma más plausible, porque implica abandono de intereses en beneficio común, en busca de la paz humana, que es altísimo bien". (LXXIX, 267).*

Se desestima pues el cargo.

V. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de

Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veinticuatro de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en este proceso ordinario.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

SOCIEDAD DE HECHO

DISOLUCION Y LIQUIDACION. Son dos etapas del proceso que se distinguen claramente. El recurso de casación está reservado únicamente a la sentencia que se dicta en la segunda etapa y debe versar exclusivamente sobre las objeciones propuestas al darse traslado del trabajo de partición.

CASACION

Caracter extraordinario de este recurso. Cuando el sentenciador incurre en decisiones contradictorias, el correctivo es este recurso, a través de la causal 2ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

Bogotá, D. E., 29 de agosto de 1985.

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 27 de abril de 1984, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali dentro de este proceso de liquidación de sociedad de hecho formada por Fermín Matanza Soto y Ovidio Santiago Bueno.

ANTECEDENTES

I. Mediante demanda que en repartimiento del 20 de septiembre de 1974 correspondió al Juzgado Once Civil del Circuito de Cali, el socio Miguel Fermín Matanza Soto solicitó que con audiencia y citación del otro socio, Ovidio Santiago Bueno y por los trámites establecidos por el Capítulo I del Título XXXI del Código de Procedimiento Civil, se hicieran las siguientes declaraciones:

a) Que desde mediados de 1967, demandante y demandado formaron de hecho, con domicilio en la ciudad de Cali, una sociedad comercial para la explotación de la agricultura;

b) Que se declare disuelta la referida sociedad y, consecuencialmente, se decrete su liquidación y se pague a cada uno de los socios la participación y utilidades que en su favor resulte de ella; y

c) Que se ordene la inscripción de la sentencia en el registro de la Cámara de Comercio de Cali y su publicación en un periódico de amplia circulación en el domicilio social.

II. Como constitutivos de la *causa petendi* expuso el demandante los hechos que pueden compendiarse así:

1) En el mes de septiembre de 1967, demandante y demandado formaron una sociedad de hecho para la explotación de la agricultura.

2) El socio Ovidio Santiago aportó: 45 plazas de terreno en el "Paso del Comercio", Municipio de Cali, tierras que había tomado en arrendamiento de su propietario Alfonso Garcés Valencia; el socio Fermín Matanza Soto aportó el dinero necesario para la compra de maquinaria e implementos agrícolas, así: "Un (1) tractor 'Ford' 5.000; un (1) rastrillo Apolo de 24 discos; un (1) arado de alza hidráulica de 3 discos, marca Apolo; una (1) bomba Tracto Humet y demás equipos de riego comprados a la Caja Agraria; una (1) motobomba 'Barnes'; 70.000 latas para tomatera y demás utensilios o aparejos de agricultura".

3. Según lo acordado, el demandante Fermín Matanza cultivaría el referido globo de terreno y las ganancias que obtuvieran se repartirían por partes iguales entre los socios.

4. "La sociedad de hecho referida cumplió su objeto social y las ganancias fueron repartidas en la forma convenida hasta el mes de enero de 1972; pero restando la rendición de cuentas y el reparto de utilidades por parte de Ovidio Santiago a Fermín Matanza de la cosecha de tomate vendida a Fruco, en febrero o marzo de 1972".

5. "El día 13 de mayo de 1972 el señor Ovidio Santiago viajó a España y dejó a cargo de Fermín Matanza los cultivos de la sociedad de hecho y los cultivos personales que Ovidio Santiago tenía en 'Arroyohondo' también de esta jurisdicción, en las mismas condiciones de los cultivos de la sociedad, esto es, que las utilidades que se obtuvieran en tales cultivos serían repartidas en partes iguales entre Ovidio Santiago y Fermín Matanza. El señor Ovidio Santiago regresó a Cali el 6 de noviembre de 1972".

6. Durante el tiempo que el señor Ovidio Santiago permaneció en el exterior fueron cultivadas las tierras referidas y las cosechas recogidas y entregadas en venta, así: Algodón a la Federación Nacional de Algodoneros; soya a Uladislao Carvajal (Ucarvajal); Lloreda, Grasas y Aceites Vegetales Limitada, Raúl Franco y otros; tomate a Fruco; fríjol a Emilio Quintero; maíz a Ucarvajal. "El dinero de la venta de estas cosechas, fue recibido por Ovidio Santiago, pero los gastos de la cosecha y recolección de la misma fueron efectuados por Fermín Matanza".

7. Desde entonces el demandante ha reclamado a Ovidio Santiago que "cuadre las cuentas y reparto de las utilidades por esta operación, pero no ha sido posible que el señor Ovidio Santiago se avenga a arreglar tales cuentas y hacer el reparto de las utilidades".

8. El demandante entregó a Mireya Larrañaga de Rengifo, contadora pública de la sociedad de hecho, la totalidad de las facturas, recibos y comprobantes por los gastos hechos durante el levante y recolección de las dos cosechas correspondientes al año de 1972 y ella elaboró una relación de todos ellos, así como también de los dineros recibidos por Ovidio Santiago por concepto de las ventas; de todo lo cual resulta un apreciable saldo a favor del demandante que el demandado se ha negado a entregar.

9. "Desde los primeros días del año de 1973, la sociedad de hecho formada entre Fermín Matanza y Ovidio Santiago dejó de operar".

III. El Juzgado ordenó impulsar el proceso por el trámite indicado por el numeral 1º del artículo 629 del Código de Procedimiento Civil, pero al decidir el incidente de nulidad propuesto por el demandado ordenó adecuarlo al procedimiento ordinario de mayor cuantía, decisión que revocó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali quien ordenó proseguir la tramitación dada inicialmente.

IV. Con la oposición del demandado, el proceso se adelantó hasta recibir sentencia que luego confirmara el Tribunal al decidir la apelación interpuesta por el demandado, sentencia en la cual se declaró la existencia de la sociedad de hecho, decretó su disolución y ordenó su liquidación.

V. En firme la sentencia y como las partes no designasen liquidadores, a ello procedió el Juzgado en armonía con lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 631 del Código de Procedimiento Civil. Presentado por los liquidadores el inventario y balance, el Juzgado al tiempo que declaró infundadas las objeciones formuladas por el demandado, le impartió su aprobación. Presentado el trabajo de liquidación de la sociedad, una vez tramitadas las objeciones también contra él propuestas, en sentencia de 16 de junio de 1983 las rechazó y aprobó el trabajo, decisión confirmada por el Tribunal en sentencia que fue objeto del recurso que hoy procede a decidir la Corte.

Sentencia impugnada

1. Empieza el Tribunal por destacar cómo las razones de inconformidad expuestas por el demandado contra la sentencia mediante la cual el Juzgado rechazó las objeciones y aprobó el trabajo de liquidación de la sociedad, son las mismas que sirven de fundamento a tales objeciones, a saber:

1ª Que por tratarse de una pretensión declarativa de mayor cuantía se debió haber impulsado por el trámite del proceso ordinario, mas que como no ocurrió así adolece de nulidad por trámite inadecuado.

2ª Inexistencia de la diligencia de inventario, avalúo y balance; y

3ª Imposibilidad de elaborar el trabajo de liquidación de la sociedad, precisamente, por falta del referido inventario y avalúo.

2. Refiriéndose al fundamento de la primera objeción, dice el sentenciador de segundo grado que en tratándose de sociedades de hecho no inscritas, su existencia se acreditará dentro del proceso abreviado a que se remiten los artículos 627 y siguientes del Código, a continuación del cual proseguirá la liquidación consiguiente a la declaratoria de existencia y decreto de disolución, todo ello justamente por no haberse logrado una liquidación por acuerdo entre los socios. Una vez ejecutoriada la sentencia que declara la existencia de la sociedad de hecho, no pueden las partes desconocerla, debiendo entonces continuar el trámite correspondiente a la liquidación. En otros términos "...si calificado el valor de la prueba, ésta acredita que la sociedad tuvo vida jurídica, ya no hay lugar a volver sobre el punto para desconocerle mérito probatorio a los documentos y demás elementos de juicio aportados al proceso o para alegar la nulidad 'por trámite inadecuado'". Por lo demás, lo atinente al trámite ya se había definido en providencia ejecutoriada que la misma Corporación confirmó en su oportunidad.

3. En relación con la afirmación de la parte demandada en el sentido de que en el proceso no obra diligencia de inventario, avalúo y balance, sostiene más adelante el sentenciador, él muestra cómo en su oportunidad el Juzgado procedió a nombrar los liquidadores con encargo de elaborar el inventario y balance, lo cual efectivamente hicieron en el incorporado al proceso y allí aparecen en forma detallada las utilidades, el patrimonio y el pasivo interno de la sociedad, pues que no existen deudas externas.

"Este inventario y balance fue cuestionado ampliamente, utilizando para ello el trámite respectivo y después de estimar el Juez que los liquidadores tuvieron bases sólidas para realizarlo, lo aprobó, siendo admitido por el recurrente, toda vez que nada expresó en contra. Y en realidad, al revisar el cuaderno 7º no es difícil entender las razones que tuvo el *a quo* para rechazar las objeciones. Basta saber que las relaciones de ventas y pagos efectuados por la sociedad y por el demandante respectivamente, fueron elaboradas por la Secretaria de ésta, quien en declaración rendida en el proceso reconoció, a pesar de su actitud inicial, que las había elaborado para la sociedad. A parte de esto, ninguno de los documentos que se allegaron al proceso, por el liquidador, para respaldar la relación anterior, fue desconocido por el demandado. Todo eso lleva a inferir que el inventario que obra en el proceso es correcto y aquí el Juez tiene razón cuando agrega que la discusión del demandado para tratar de desconocer el inventario, se sale de toda posibilidad de éxito, por tratarse de una cuestión ya decidida y en firme.

"Es más, agrega, los liquidadores es cierto que tuvieron para hacer el inventario bastantes elementos de juicio, los cuales en concepto del demandado no eran suficientes, pero hay que recordar que no quiso aportar otros medios de prueba, ni siquiera los que trajo el demandante; fue reticente, actitud ésta que no puede pretender que produzca efectos en contra de lo que se logró demostrar en el proceso". Si alguna deficiencia pudiera atribuirse al inventario ella no constituiría motivo de nulidad y debió haberse alegado por la vía de los recursos.

4. Precisado por el Tribunal que, al contrario de lo que sostiene la parte demandada, el proceso se tramitó por la vía adecuada y existen el

inventario y balance que ya están en firme, prosigue el Tribunal describiendo cuál debe ser el trámite a seguir en la etapa de liquidación, según las previsiones del Código de Procedimiento Civil. "Obtenido un inventario en los términos del cuestionado en esta oportunidad, la liquidación que viene a continuación simplemente debe tener como punto de referencia ineludible los valores establecidos en aquella, para indicar la forma como se debe distribuir entre los socios las utilidades producidas por la entidad, si no se presentaron acreedores. En esa liquidación se incluirán los ajustes indispensables con el fin de obtener al final una equivalencia entre lo que le corresponde a cada socio. Para ello se deberán tener en cuenta las deudas y los créditos contraídos por éstos con la sociedad".

Dejando de lado la cuestión teórica, desciende el fallador *ad quem* al caso sometido a su decisión para decir que "la controversia suscitada en esta ocasión, trae una liquidación en la cual se señala lo que le corresponde a cada parte sin tener en cuenta acreedores porque no se presentaron. Y esa fue precisamente la tarea que cumplió el liquidador, cuando entró a indicar cuál era la situación de cada asociado respecto a las deudas y créditos sociales, para distribuir, por último, entre ellos, los activos en la proporción que les correspondía, estableciéndose, como era lógico, la obligación de uno de los socios de responderle al otro por las cantidades que salieron a su favor. Nada de esto se logró desvirtuar por el demandado, pues no presentó las pruebas que fundamentaran sus objeciones, y era difícil que lo hiciera porque su inconformidad se encamina más a la improcedencia del proceso ritnado y a la supuesta falta de inventario, que a la inexistencia de las pretensiones del actor".

El recurso extraordinario

Contra la sentencia de segunda instancia, cuyo extracto acaba de hacerse, el recurrente formuló seis cargos; el segundo, cuarto y quinto dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el tercero por la causal segunda, el sexto por la tercera y el primero por la causal quinta del mismo artículo.

No obstante que se apoyan en causales diferentes, dada la afinidad de los fundamentos y los alcances de la impugnación, se estudiarán conjuntamente los primeros cinco cargos.

Cargo primero. Viene formulado con fundamento en la causal 5ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil. Sostiene el recurrente que en el proceso dentro del cual se profirió la sentencia que impugna se configura la causal de nulidad contemplada en el numeral 4º del artículo 152 del Código, por habérsele dado trámite a la demanda, no obstante que en ella se acumulaban dos pretensiones inacumulables por tener señalado distinto procedimiento.

En efecto, dice, el demandante dedujo una primera pretensión tendiente a que se declare que en 1967 constituyó con el demandado una sociedad de hecho, se decrete su disolución y se ordene su liquidación por el procedimiento especial del Título I del Código de Procedimiento Civil, que fue el seguido; además dedujo otra pretensión en el sentido de que existió entre las mismas partes un acuerdo posterior con el objeto de "en-

cargar al demandante del manejo de unos cultivos propios del demandado, mientras éste viajaba a Europa, en las mismas condiciones de dividir utilidades... y de que se liquide lo que corresponde al demandante por este concepto", pero sin expresar que se hubiera celebrado otra sociedad de hecho ni extendido a la primera, lo cual en tal caso sólo podía ventilarse por el procedimiento ordinario o de rendición de cuentas y no por el especial del Título XXXI del Código.

Tratándose pretensiones diferentes que exigen procedimientos distintos, agrega, no se podían acumular por mandato del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil y si a pesar de ello se les impulsó por una misma senda procesal se incurrió en trámite equivocado, motivo de nulidad insubsanable y que, por lo mismo, comprende desde el auto admisorio de la demanda inclusive, lo cual solicita declararlo así por la Corte una vez casada la sentencia recurrida.

Cargo segundo. Con apoyo en jurisprudencia de la Corte en el sentido de que el error cometido por el Tribunal al dictar sentencia de fondo debiendo ser inhibitoria se puede alegar por la causal 1ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente acusa el fallo de segundo grado de haber violado directamente los artículos 505 y 506 del Código de Comercio y 2083 del Código Civil por aplicación indebida, a la cual se llegó por la violación medio de los artículos 627 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, también, a su juicio, indebidamente aplicados.

Al desarrollar el cargo sostiene el censor que evidentemente, con fundamento en los cuatro primeros hechos de la demanda, el actor alegó la existencia de una sociedad de hecho constituida con el demandado en 1967 para explotar con cultivos agrícolas 48 hectáreas de terreno que Ovidio Santiago tomó en arriendo de Alfonso Garcés y aportó a la sociedad; y, en el hecho 5º se refiere a un convenio independiente, consistente en que el demandante Matanza se hacía cargo de los cultivos personales que Santiago Bueno tenía con participación del 50% de las utilidades y fueron precisamente estos hechos los que sirvieron de sustento a las pretensiones de existencia de la sociedad de hecho y la de gestión del negocio ajeno, para reclamar la inversión de utilidades de la primera y sólo utilidades de la segunda, valiéndose de un mismo procedimiento, cuando las pretensiones reclamaban cada una tramitación diferente.

En tales condiciones, concluye "hubo una indebida acumulación de pretensiones, que de no causar nulidad de todo el proceso, es motivo para la sentencia inhibitoria, por tanto, como el Tribunal no declaró la nulidad, ha debido dictar sentencia inhibitoria", sentido en el cual deberá pronunciarse la Corte una vez casada la del Tribunal y revocada la del *a quo*.

Cargo tercero. En este cargo impugna el censor la sentencia con fundamento en la causal 2ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, pues que a juicio suyo no existe consonancia de la sentencia con las pretensiones de la demanda.

En efecto, sostiene el recurrente, según los hechos de la demanda, las utilidades de la sociedad de hecho fueron liquidadas y repartidas hasta enero de 1972; por tanto, "solamente faltan de liquidación y pago las utili-

dades de la sociedad de hecho... en el breve lapso comprendido de mayo 13 a 6 de noviembre de 1972, tiempo este en que Ovidio Santiago Bueno estuvo ausente...". De allí que sea meridianamente claro, agrega, que en la demanda solamente se reclama por "las dos cosechas correspondientes al año de 1972, desde el 1º de febrero de ese año y hasta el 1º de enero de 1973 o primeros días de éste, cuando dejó de operar la sociedad".

No obstante, tanto en la sentencia de primera como de segunda instancia confirmatoria de la anterior y que es necesario entender subsumida en la impugnada, se ordenó la "liquidación de la sociedad de hecho y de sus utilidades por un lapso mucho mayor, desde septiembre de 1967 con las utilidades producidas desde entonces puesto que en la primera sentencia se refiere sin salvedades a desde 1967, fecha muy anterior a la que determina la demanda (1º de febrero de 1972) como comienzo de las actuaciones sin liquidar y sin pagar las utilidades producidas por ellas, en desarrollo de la sociedad de hecho constituida desde 1967"; y al aprobar la partición la 2ª sentencia incluyó las utilidades desde 1967. Además, de incluir de otro negocio de 1972.

Termina el recurrente solicitando se case la sentencia impugnada y una vez revocada se ordene rehacer la liquidación, tomando en cuenta únicamente las utilidades relativas a los cultivos de la sociedad y no otros y por el lapso comprendido entre el 1º de febrero de 1972 y enero de 1973.

Cargo cuarto. Denuncia el censor violación indirecta de los artículos 1626, 1628, 1630, 1634, 2318 del Código Civil, 6º de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación y 2083 del mismo Código, 505 y 506 del Código de Comercio por interpretación errónea, todo a consecuencia de los errores de hecho en que incurrió el sentenciador de segundo grado en la apreciación de algunos elementos de prueba.

En concepto del casacionista, el Tribunal no vio cómo el actor en la demanda confesó:

1º Que las ganancias fueron liquidadas y pagadas entre los socios en la forma convenida hasta el mes de enero de 1972 (hecho 4º).

2º Que el 13 de mayo de 1973, en razón del viaje a España de Ovidio Santiago, éste encargó al otro socio los cultivos de la sociedad y los propios del demandado (hecho 5º).

3º Que el reclamo sin éxito del demandante al demandado se concrete el reparto de utilidades por el período comprendido entre febrero 1º de 1972 y principios de 1973 (hechos 7º y 8º), confesiones éstas que impedían se ordenara la liquidación de utilidades ya pagadas, ya que ello implica un doble pago.

De otra parte, observa el recurrente incurrió el Tribunal también en error manifiesto de hecho al apreciar los documentos que contienen el inventario y la liquidación de utilidades por no haber visto que allí se incluían utilidades de la sociedad desde el año de 1967 y de otro negocio, cuando sólo podían repartirse las posteriores al 1º de febrero de 1972.

"Hubo, pues, reitera, error manifiesto de hecho... tanto en la apreciación de la demanda (no ver que en ese hecho quinto se incluía un dife-

rente negocio), como en la apreciación de los inventarios y de la liquidación puesto que en tales documentos se incluyeron esas utilidades ajenas a la sociedad de hecho y correspondientes al año de 1972, durante el viaje de Ovidio Santiago a España por haber dejado este "*a cargo de Fermín Matanza... los cultivos personales que Ovidio Santiago tiene en Arroyo Hondo*" también de esa jurisdicción".

Al no haber excluido tales utilidades de la liquidación, se agravó la situación imponiéndole un doble pago, insiste el recurrente, y concluye solicitando se case la sentencia y una vez revocada la del *a quo*, se ordene rehacer la liquidación, sin incluir las utilidades producidas con anterioridad al 1º de febrero de 1973 (sic) ni las del otro negocio a que se refiere el hecho 5º de la demanda.

Cargo quinto. Se acusa la sentencia de haber violado directamente los artículos 1626, 1628, 1634, 2313 a 2318 del Código Civil y 8º Ley 153 de 1887 por falta de aplicación y 2083 Código Civil, 505 y 506 del Código de Comercio por interpretación errónea. Sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió en una serie de errores jurídico-procesales derivados todos de la errónea interpretación de los artículos 630 inc. 2º, 635, 636, 642, 611 nums. 3º, 4º y 5º y 612 del Código de Procedimiento Civil, sin la cual "no se hubiera llegado a la violación de las normas sustanciales... pero como el artículo 368 en su numeral 1º del Código de Procedimiento Civil solamente califica de violación indirecta de normas sustanciales la que es consecuencia de errores de hecho y de derecho *en las pruebas*, resulta forzoso aceptar que es directa la violación de esa clase de normas como resultado de errores procesales no probatorios que implique violación de normas legales procesales. Por eso se ha hablado en la jurisprudencia y la doctrina, en este último caso, de violación medio, y que según su opinión constituye violación 'puente'. Pero ambas violaciones de normas (las normas procesales y la de normas sustanciales) son *directas*".

Luego de referirse a las razones que sirvieron de fundamento al Tribunal para desestimar las objeciones formuladas por la parte demandada, especialmente la de que como en este proceso precluida una determinada etapa procesal no se puede volver sobre lo que fue materia de controversia y decisión en ella, sostiene el recurrente que la sentencia se apoya en una serie de apreciaciones equivocadas como son:

a) Considerar que la sentencia que declaró la existencia y disolución de la sociedad de hecho y decretó la liquidación es intocable, no obstante el grave yerro de incluir utilidades ajenas a la sociedad y utilidades ya repartidas y pagadas, "... pues las dos sentencias forman una unidad jurídico procesal y si bien es cierto que la primera precluye la oportunidad de discutir la existencia de la sociedad... también lo es que en la segunda sentencia y durante el trámite para ésta, sí podían revisarse los alcances y límites de esa liquidación, especialmente en el caso actual respecto de si podían incluirse en ella utilidades producidas y en caso afirmativo si deben limitarse solamente a las no repartidas y al error de no haber hecho salvedad en las anteriores al 1º de febrero de 1972 por haber sido ya pagadas por lo cual no podían formar parte de esa liquidación y de las de cultivos no sociales";

b) Considerar que el silencio respecto del inventario y utilidades a repartir constituye aceptación;

c) Que la sentencia que aprueba la liquidación no puede examinar el contenido del inventario;

d) Considerar que las utilidades hacen parte del activo de la sociedad de hecho;

e) Estimar que en la segunda etapa no puede revisarse ni discutirse el contenido del inventario;

f) Haber considerado "correcta la liquidación presentada y haberla aprobado cuando en la sentencia misma se dispone que se le hagan ajustes y se tengan en cuenta las deudas y créditos de las partes y la sociedad, lo cual significa desconocer que existían esos vacíos en la liquidación".

Consideraciones de la Corte

1. *Por considerar que no constituye óbice insalvable el empleo de un mismo procedimiento para resolver diferentes controversias, tal como ya se había establecido en otras latitudes, el legislador de 1970 hizo una ostensible limitación del número de procesos especiales que hasta entonces existían. El criterio de la Ley 105 de 1931, que consistió en instituir un procedimiento especial para cada problema sustancial, fue sustituido en el nuevo Código por el de establecer unos pocos tipos de procedimientos para el mayor número de conflictos, reduciendo de paso al mínimo los procesos especiales.*

Con esa nueva orientación se organizaron en el nuevo ordenamiento los siguientes grupos de procesos:

1º *El* ordinario, *para ventilar y decidir "todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial" (art. 396).*

2º *El* abreviado, *que constituye un tipo intermedio de procedimiento entre el ordinario y el verbal, al cual se someten en su trámite y decisión los asuntos que la ley expresamente señala (art. 414).*

3º *El* verbal, *trámite que debe seguirse para decidir las controversias también señaladas taxativamente por la ley, especialmente aquéllas que por su naturaleza se resuelven en audiencia (art. 442), y*

4º *Finalmente, un grupo de* procesos especiales *que, verbi gracia, el divorcio, el ejecutivo o* los de liquidación, *requieren, para decidir dichas controversias, el empleo de fórmulas esquemáticas propias.*

2. *Evidentemente, mediante el Capítulo I del Título XXXI del Libro 3º del Código de Procedimiento Civil, el legislador estableció un procedimiento especial para declarar judicialmente la disolución y ordenar en consecuencia la liquidación de una sociedad civil, comercial o de hecho, siempre que tal declaración no corresponda a una entidad administrativa, como sucede con los bancos, las compañías de seguros, las sociedades administradoras de inversión, las de capitalización y ahorro (art. 1935 C. de Co.), o con las sociedades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, que corresponden a ésta, tal como lo disponen los artículos 221, 267 y 1933 del Código de Comercio.*

Al procedimiento de la disolución judicial y liquidación que el Código regula en sus artículos 627 a 644, se acude cuando no sea evidente que se haya producido la disolución de la sociedad, razón por la cual debe formularse demanda para que se declare aquélla y consecuencialmente se proceda a la liquidación. De allí que, según tal enunciado y las normas que regulan ese procedimiento especial, se distingan dos etapas, cuya naturaleza y finalidad, como lo ha destacado la Corporación, sean completamente diferentes: la primera, que constituye un proceso declarativo, tiene por objeto único discutir y resolver si existe la sociedad y que, si es positiva, termina con la sentencia en la cual se declara disuelta la sociedad, ordena su liquidación, la inscripción de aquélla en el competente registro y la publicación de la parte resolutiva (art. 628 a 630); y la segunda, que asume el carácter de ejecución de la sentencia con que culminó la anterior, busca determinar cuáles son los bienes partibles, el pasivo común y cuál el monto de lo que a cada socio corresponde (arts. 631 a 643). Esta etapa final, o sea la de distribución del saldo líquido entre los socios, termina con la sentencia aprobatoria del trabajo de partición. (Cas. Julio 8 de 1976 G. J. CLII, pág. 243).

3. *La determinación y separación que hace el Código de estas dos fases dentro del proceso de disolución judicial y liquidación de sociedades, resulta de capital importancia para precisar, entre otros aspectos, la actividad de las partes en su desarrollo, y, en especial, para puntualizar lo atinente a los medios de impugnación de las sentencias con que finaliza cada etapa. De suerte que cuando el artículo 366 del Código, estatuye que son recurribles en casación las sentencias "que aprueban la partición en los procesos . . . de liquidación de cualesquiera sociedades disueltas" (se subraya), está reservando la casación para la sentencia que se profiera en la segunda etapa del proceso especial de liquidación y no para toda sentencia que se dicte en el proceso de disolución de sociedad.*

Más aún, por lo que toca a la materia propia del debate en el recurso de casación, como lo ha reiterado la doctrina de la Corte, él ha de versar exclusivamente sobre las objeciones propuestas al darse traslado del trabajo de partición, y que fueron resueltas por los falladores de primera y segunda instancia. Lo contrario, como también lo ha sostenido la Corporación, equivaldría a traer a la Corte cuestiones propias de incidentes extraños al recurso extraordinario (G. J. CI, págs. 92 y 93; CII, pág. 124).

4. *En consonancia con lo dicho, en tratándose del recurso interpuesto contra la sentencia aprobatoria de la liquidación de una sociedad de hecho, el recurrente en casación tan sólo podrá fundar sus ataques en los puntos materia de las objeciones resueltas por los falladores de primera y segunda instancia, resultando por lo tanto improcedentes las impugnaciones sobre aspectos decididos en la primera etapa del proceso o que debieron plantearse en esa oportunidad, o que, definidos en la segunda, no fueron objeto de debate a través de las objeciones a la partición.*

5. Precisamente, en el caso de este proceso, tal como quedó consignado en el resumen que se hizo de los cargos que se estudian, el recurrente ha pretendido a través de la casación, impugnar aspectos sobre puntos extraños a lo que fue objeto de las objeciones. Así, en el primero de los cargos el casacionista alega que el proceso, dada la índole de las pretensiones dedu-

cidas en la demanda, se le dio un trámite equivocado y, por tanto, adolece de nulidad; que además, dice, en el cargo segundo, por haber sido indebida la acumulación de pretensiones, y no haberse corregido tal defecto por la vía de la nulidad, la primera sentencia ha debido ser inhibitoria, aspectos todos estos definidos en esa primera etapa del proceso declarativo.

El mismo reparo cabe hacerle a los cargos tercero y cuarto, pues en aquél se duele el recurrente que el fallador no hubiese observado el principio de la congruencia entre las pretensiones de la demanda y la sentencia, pues que habiéndose solicitado sólo la liquidación de las dos cosechas del año de 1972, en la sentencia se ordenó que la liquidación se hiciera por un lapso mayor, siendo así que como quedó visto atrás, la sentencia aprobatoria de la partición forma parte del proceso de ejecución de la primera, resultando imposible desde todo punto de vista, analizar su consonancia con las pretensiones deducidas en la demanda inicial del proceso. Y en el cargo cuarto se denuncia por el impugnante error de hecho en la apreciación de la confesión contenida en la demanda que sirvió de fundamento a la sentencia que declaró la existencia de la sociedad y decretó su liquidación, lo mismo que en la apreciación de unos documentos relativos a los inventarios, los cuales fueron materia de amplio debate a través del incidente de objeciones a tales inventarios.

De igual modo, resulta también improcedente el estudio del cargo quinto a lo largo del cual se encuentran al sentenciador de segundo grado, una serie de errores que el casacionista deduce a partir de la inadmisible tesis de que la sentencia que declara la existencia y disolución de una sociedad de hecho y decreta su liquidación "forma una unidad jurídico-procesal" con la aprobatoria de la liquidación, siendo posible, según su criterio, atacar a través del recurso extraordinario los errores de que adolezca la sentencia declarativa; tesis que vendría a desconocer el carácter extraordinario y limitado del recurso, permitiendo así la impugnación de una sentencia por un medio no establecido para ella por el legislador, como se desprende de lo dispuesto por el citado artículo 366 del Código.

"La doctrina y la jurisprudencia universales sostienen al unísono que el carácter extraordinario del recurso de casación se proyecta, en la práctica, ha dicho también la Corte, en las precisas limitaciones dentro de las cuales la ley lo regula, y referentes no sólo a los motivos o causales para su procedencia, sino también a la clase de providencias susceptibles de impugnarse con él". (Auto de 10 de octubre de 1983, aún sin publicar).

Todo lo dicho en los apartes anteriores constituye motivación suficiente de la conclusión de que ninguno de los cargos resulta procedente.

Cargo sexto. Sostiene el recurrente, con fundamento en la causal 3ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que como la parte resolutiva de la sentencia constituye una unidad jurídica, debe entenderse en consonancia con la parte motiva.

A juicio del censor, como la parte resolutiva forma una unidad jurídica indivisible con la motiva, aquélla ha de entenderse en los términos de ésta, en cuanto explica su contenido, encuentra que en la recurrida se incurrió en contradicción que configura la causal 3ª del artículo 368 citado.

Ampliando su argumentación dice el recurrente que el juzgado declaró infundadas las objeciones y aprobó la liquidación, mediante decisión que encontró correcta el Tribunal al confirmarla; empero contrariando lo anterior, dijo el Tribunal en la parte motiva que en esa liquidación se *incluirán* los ajustes indispensables con el fin de obtener al final una equivalencia entre lo que corresponde a cada socio. Para ello se *deberán tener en cuenta* las deudas y los créditos contraídos por éstos en la sociedad, lo cual significa que el trabajo no es correcto.

Por tanto, termina pidiendo que una vez casada la sentencia, se revoque la de primera instancia y se ordene rehacer la liquidación con las inclusiones y exclusiones del caso.

SE CONSIDERA

1. *Dado que con el proceso se busca la certeza jurídica, la sentencia, que es el acto mediante el cual el Juez cumple el deber jurisdiccional derivado de los derechos de acción y contradicción, debe ser clara, precisa y lógica en sus disposiciones.*

Precisando el contenido de la sentencia, preceptúa el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil que la parte resolutiva "deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, y de las excepciones cuando proceda resolver sobre ellas y sobre costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, con arreglo a lo dispuesto en este Código".

Puede suceder *sin embargo, que en esa operación mental de carácter crítico indispensable para concretar la voluntad abstracta de la ley, el fallador falte a la génesis lógica de la sentencia, concluyendo la consiguiente en soluciones contradictorias u oscuras.*

2. *Ahora, cuando el fallador incurra en decisiones contradictorias en una misma sentencia, dado la imposibilidad de ejecución o efectividad de tales resoluciones, el legislador instituyó como correctivo de ese error* la procedencia *el recurso extraordinario de casación con fundamento en la causal 3ª del artículo 368 del Código.*

Y si, en principio, es la parte resolutiva del fallo la que ha de examinarse pasa a advertir la existencia de las contradicciones que fundan la causal 3ª, no por eso puede prescindirse absolutamente de la parte motiva, cuando de conocer el alcance y sentido de la resolución se trata.

3. Precisamente el cargo que se estudia, presenta como soporte tal planteamiento, pues sostiene el censor que como la parte motiva y la resolutiva del fallo impugnado constituyen una unidad jurídica indivisible, resulta contradictorio que por haber encontrado correcta la liquidación en la parte resolutiva le impartió confirmación a la decisión del *a quo* hecha en igual sentido; empero, en la motivación dijo el Tribunal que en tal liquidación se incluirán los ajustes indispensables con el fin de obtener al final una equivalencia entre lo que corresponde a cada socio. Para ello se deberán tener en cuenta las deudas y los créditos contraídos por éstos en la sociedad "lo cual ciertamente denota que el trabajo no es correcto".

4. Con todo, a pesar de que en la parte motiva de la sentencia impugnada sí se hacen por el Tribunal las consideraciones transcritas y en la resolutiva se limita a confirmar la decisión del *a quo*, no le asiste razón al recurrente por cuanto ciertamente tal contradicción no existe, ni lo dicho por el Tribunal en la parte motiva tiene los alcances que le quiera dar el censor.

Sucedió, en efecto, como se destacó en el resumen del fallo, el Tribunal antes de descender al caso concreto, describió cuáles son según las previsiones del Código de Procedimiento Civil, los pasos o etapas que debe dar el liquidador para obtener al final una equivalencia entre lo que corresponde a cada socio. Luego, dejando de lado esas divagaciones de orden teórico para descender al caso en estudio, el Tribunal observa cómo el liquidador en la elaboración de su trabajo se ciñó a tales previsiones y en armonía con ello presentó una liquidación en la cual se señala lo que le corresponde a cada parte sin tener en cuenta acreedores porque no se presentaron. En esa tarea, agrega, el liquidador precisó cuál era la situación de cada asociado respecto de las deudas y créditos sociales, para distribuir, por último, entre ellos, los activos en la proporción que les correspondía, estableciéndose, como era lógico, la obligación de uno de los socios de responderle al otro por las cantidades que salieron a su favor.

No existiendo entonces en la sentencia recurrida la preterdida contradicción a que se refiere el recurrente en este cargo, éste deviene en improspero y así lo declara la Corte.

Decisión

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia proferida el 27 de abril de 1984, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

PATERNIDAD NATURAL

POSESION NOTORIA DEL ESTADO CIVIL DE HIJO NATURAL. **Elementos que la tipifican. Análisis de la prueba.**

CASACION

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. **Modos de infringirla. Vía directa, demostración. Soberanía del fallador en la apreciación de las pruebas.**

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

Bogotá, D. E., 29 de agosto de 1985.

Procede hoy la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 29 de junio de 1984, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en este proceso ordinario instaurado por Nancy Cruz de Espinel en frente de los herederos de Libardo Enrique Correa Cancino.

I. El litigio

1. Mediante escrito de 26 de agosto de 1981, reformado por el de 16 de diciembre del año siguiente y que en repartimiento correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Tuluá, la citada Nancy demandó a los menores Luis Enrique y Julián Correa Castellanos, representados por sus padres señores Luis Hernando Correa Cancino y María Beldy Castellanos de Correa, en su condición de herederos universales del finado Libardo Correa Cancino, a fin de que, prévios los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se hicieran los siguientes pronunciamientos.

a) Que la demandante, hija natural de Martha Cruz, lo es también de Libardo Enrique Correa Cancino;

b) Que, consecuencialmente, la demandante tiene derecho a la herencia de su padre;

c) Que se reforme totalmente, en el sentido de entender que ella es la universal heredera del causante, el testamento otorgado por éste y declarado abierto como consta en la Escritura pública número 470 de 5 de junio de 1981, de la Notaría Primera de Tuluá;

d) Que, en subsidio de la anterior, se decrete la reforma del testamento en el sentido de reconocer a la demandante sus asignaciones forzosas y de mejoras "que ascienden a las tres cuartas partes" de la herencia dejada por el causante;

e) Que se condene a los demandados a restituirle las cosas hereditarias, corporales e incorporales, que al tiempo de la delación pertenecían al testador, junto con sus frutos civiles y naturales, percibidos o que se hubieran podido percibir con mediana inteligencia y cuidado;

f) Que se tome nota del reconocimiento de paternidad en el acta de nacimiento de la demandante, la cual aparece sentada en la Notaría Segunda de Cali; y

g) Finalmente, que se impongan a los demandados las costas procesales.

2. En su demanda la demandante invocó, como hechos constitutivos de la *causa petendi*, los que sustancialmente quedan comprendidos en las siguientes afirmaciones:

a) Que el causante Libardo Enrique Correa Cancino, nació y vivió toda su vida en la ciudad de Tuluá, salvo el tiempo que residió en Bogotá durante sus estudios de Derecho;

b) Que, en Tuluá, antes del año 1940 se establecieron entre el citado Libardo Enrique y Marcha Cruz, madre natural de la demandante, "relaciones amorosas de noviazgo, las que los llevaron a las relaciones sexuales, fruto de las cuales vino al mundo Nancy, como engendrada por Libardo Enrique Correa Cancino";

c) Que la infancia y "juventud temprana" de Nancy Cruz estuvo al cuidado de sus tías y de su madre, a quien Libardo Enrique Correa Cancino "prestaba atenciones y cuidados y ayudas económicas" especiales;

d) Que por esas calendas —año 1940— se conocía en el círculo social, en Tuluá, que Nancy Cruz era hija natural de Libardo Enrique Correa Cancino;

e) Que del trato "personal, directo, exclusivo, único y prevaleciente", con el cual la distinguió el causante, se coligió que Libardo Enrique Correa Cancino es el padre natural de Nancy Cruz y que ésta "ostentó y ostenta" de manera inequívoca la posesión notoria del estado civil de hija natural, con respecto al tantas veces mencionado Libardo Enrique Correa Cancino;

f) Que el óbito de Libardo acaeció en la ciudad de Tuluá el día 13 de mayo de 1981, siendo la causa de la muerte "carcinomatosis hepática", sin que a esa fecha se hubiera producido legalmente el reconocimiento de la demandante como su hija natural del *de cujus*, pero sí por sus manifestaciones;

g) Que, como consta en la Escritura pública 470 de 5 de junio de 1981, de la Notaría Primera del Círculo de Tuluá, allí se abrió el testamento del causante en el cual no se reconoce ni menciona a Nancy Cruz y se instituyen herederos universales a los menores Luis Enrique y Julián José Correa Castellanos;

h) Que el proceso de sucesión del finado se radicó y se tramitó en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tuluá; e

i) Que tanto la familia de Martha Cruz, como la del causante Correa Cancino, aceptaron a Nancy como fruto de los amores de los protagonistas e "incluso el señor padre de Libardo Enrique, don Emigdio, ofreció ayuda económica para los gastos de embarazo, dieta y crianza de la niña".

3. En su oportuna contestación a la demanda los demandados se opusieron a las súplicas de su demandante; y en cuanto a los hechos afirmados por ésta, salvo los referentes al otorgamiento del testamento y al óbito del causante, los cuales sí aceptaron como ciertos, negaron los demás, particularmente los tendientes a demostrar la paternidad natural reclamada por la demandante.

4. Replicada en tales términos la demanda se continuó luego en la ritualidad de la primera instancia del proceso con la práctica de las pruebas pedidas por las partes.

Y surtido que fue todo el trámite del grado, el Juzgado de la causa, que como ya está dicho lo fue el Primero Civil del Circuito de Tuluá, profirió su sentencia de 16 de agosto de 1988, mediante la cual, al no encontrar probada ninguna de las dos presunciones de paternidad natural que fueron invocadas en la demanda, denegó las pretensiones de la demandante e impuso a ésta las costas procesales.

5. No conforme con lo así resuelto, la parte desfavorecida con tal fallo interpuso contra él recurso de apelación, que, concedido, llevó el proceso al conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el que, luego de rituar el trámite de la instancia, incluso el decreto y práctica de pruebas, profirió su fallo de 29 de junio de 1984, con el cual decidió el litigio así:

a) Infirmó la sentencia apelada;

b) En su lugar, declaró que la demandante es hija natural de Libardo Enrique Correa Cancino;

c) Dispuso, como consecuencia, la reforma del testamento otorgado por éste;

d) Condenó a los demandados a restituir a la demandante "las tres cuartas partes de las cosas hereditarias con todas sus mejoras", pero los absolvió por razón de frutos;

e) Ordenó rehacer la partición practicada en la sucesión del finado Correa Cancino con intervención de la demandante, a quien los demandados deben respetarle su calidad de legitimaria del causante;

f) Dispuso que de este reconocimiento de paternidad hecho se tomase nota en el acta de nacimiento de la demandante, para lo cual ordenó oficiar al Notario Segundo de Cali; y

g) Por último, impuso a los demandados las costas causadas en las dos instancias del proceso.

II. Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Después de relatar los antecedentes del litigio y el trámite imprimido (sic) al proceso, el *ad quem* entra a determinar, discriminándolas en su contenido, las pruebas pedidas por las partes y las decretadas oficiosamente. En esta tarea compendia y transcribe los pasos más trascendentes de los testimonios recibidos a instancia de los litigantes, particularmente los de José Enoch Varón Escobar, Arcadio González Echeverry, Rigoberto López Cifuentes y Bertha Díaz de Rojas, Genero González Girón, Rafael Herrera López, Paulina Hernández de Herrera y otros más.

2. En el inicio de las consideraciones de su sentencia, el Tribunal precisa el *thema decidendum* al análisis de los hechos que, según el artículo 6º de la Ley 75 de 1968, tipifican las presunciones de paternidad consagradas en los numerales 4 y 6 de dicha norma: las relaciones sexuales habidas entre el presunto padre y la madre de la demandante, por la época de la concepción de ésta; y la posesión notoria del estado de hijo.

Respecto a la primera, el Tribunal "parte de la base de que la concepción de un hijo es un fenómeno que permanece oculto"; añade que "hasta factores históricos pueden entrar a jugar un papel importante para afirmar que quienes no están casados, tienden a mantener sus relaciones sexuales en reserva, discretamente, lo que se agrava cuando uno de los amantes, sobre todo el padre, es reservado, introvertido, austero y vivió en un medio y en una época en los que tener hijos extramatrimoniales era considerado como algo atentatorio de las buenas costumbres".

Refiérese el Tribunal a la providencia del 2 de noviembre de 1971, en la cual la Corte hace consideraciones sobre las modificaciones introducidas por la Ley 75 de 1968 y entre éstas, la supresión de los requisitos de "estables y notorias", que para las relaciones sexuales determinantes de la paternidad natural requería la Ley 45 de 1936, y, además, a la posibilidad legal de establecerlas judicialmente del trato personal y social dado por el presunto padre a la madre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar, según sus antecedentes y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad.

3. Con base en tal esquema, considera el Tribunal de Buga que los testimonios rendidos, analizados en conjunto, demuestran "sin la menor duda, que entre Libardo Enrique Correa Cancino y Martha Cruz, existieron relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil, pudo tener lugar la concepción, deduciéndose tales relaciones del tratamiento" que se dieron aquéllos, apreciado según las voces del inciso 2º del numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968.

Recuerda el Tribunal que el artículo 696 del Código Judicial anterior, según el cual un solo testimonio no constituía plena prueba, está hoy derogado; para decir consecuencialmente que el solo testimonio de Bertha Díaz de Rojas "puede llevar a la convicción acerca de la existencia de un

hecho que se puede acreditar con la prueba testifical. Tanto más cuando hay otros testimonios que lo refuerzan o indicios que apuntalan la veracidad de dicho testimonio único".

4. En relación con la presunción de filiación por posesión notoria, que también invoca la demandante, el Tribunal, con citas doctrinarias y jurisprudenciales, analiza sus elementos integrantes y su prueba.

Recuerda que, según jurisprudencia, "basta que los hechos se exterioricen ante un conjunto de personas por signos inequívocos, para que la filiación, por dejar de ser oculta, se haga notoria y prospere la inferencia de que así como ese grupo de personas tuvo al demandante como hijo de tal padre, no había secreto para todo el vecindario, aunque otros no se preocuparan de averiguarlo o de saberlo o prefirieran ignorar todas esas cosas".

Y luego de afirmar en su sentencia que si bien el dictamen pericial de medicina legal no constituye plena prueba, sí estructura "leve indicio de cierto parecido de la demandante con dos hermanas del causante", lo mismo que también es indicio las grabaciones magnetofónicas que contienen una presunta conversación de la demandante con Hernando Correa Cancino.

Conclusión de este análisis probatorio es, pues, para el Tribunal, la de que "no cabe la menor duda que está probado en este caso la posesión notoria del estado de hija natural de la demandante, respecto del doctor Libardo Enrique Correa Cancino", puesto que, explica, "la abundante prueba testimonial así lo acredita, qué dicho causante trató a Nancy Cruz como a su hija natural...". Y agrega que "tomados esos testimonios aisladamente, en verdad no serían sino meros indicios. Pero tomados en su conjunto demuestran cabalmente que Libardo Enrique Correa Cancino en varias oportunidades trató a Nancy Cruz como a su hija".

III. El recurso extraordinario y las consideraciones de la Corte

Contra la sentencia extractada interpusieron casación los demandados. En la correspondiente demanda los recurrentes formulan contra dicho fallo dos cargos, ambos dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que la Corte entra a analizar y despachar en el orden en que vienen propuestos.

Primer cargo.

1. Mediante éste se acusa la sentencia del Tribunal de ser directamente violatoria, por interpretación errónea, de los artículos 6º, numerales 4 y 6, 9º de la Ley 75 de 1968, 6º de la Ley 45 de 1936 y 399 del Código Civil; y de los textos 1º, 20, 23 de la Ley 45 de 1936, 1274 y 1321 a 1324 del Código Civil, todos éstos por aplicación indebida.

2. En desenvolvimiento del cargo arranca el recurrente haciendo un recuento de la evolución normativa a propósito del trato carnal entre la

madre y el presunto padre, como causal o presunción de paternidad natural, hasta llegar al artículo 6º, numeral 4º de la Ley 75 de 1968, según el cual "dichas relaciones podrán inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad".

Revisa los antecedentes del precepto vigente y observa que si bien el proyecto limitaba la exigencia a "relación sexual entre el presunto padre y la madre", inferible de las relaciones personales entre ellos, simplificación que fue negada, así como toda relevancia del juramento materno, habiendo salido de su seno la redacción final del artículo 6º transcrito, después de considerar el ponente que "es prácticamente imposible demostrar la relación sexual y sólo puede inferirse de otros hechos más o menos graves, permanentes, íntimos, conexos, etc... Por eso al numeral o inciso primero se le agrega el segundo para expresar que tales *relaciones sexuales* sólo podrán inferirse del trato personal y social... que son hechos perceptibles por los sentidos, es decir, demostrables directa y objetivamente, en forma que no es común entre meros amigos o relacionados transitorios, por lo cual pueden llevar al juez a la convicción de paternidad...".

Continúa transcribiendo apartes de la ponencia de la honorable Cámara de Representantes, entre los cuales destaca que "no es cierto que baste para establecer la paternidad que la madre y el supuesto padre hayan tenido relaciones sexuales una sola vez, porque si se compara el texto original con el aprobado por el Senado, se verá cómo mientras en aquél se exige como base de la presunción la cohabitación, indicativo de que el propósito de los autores era el de inferir de una sola relación sexual la base para la declaración de la paternidad, se pasó a la expresión relaciones sexuales, atendiendo el informe de la Academia de Jurisprudencia" Pero es que, además, el inciso segundo del mismo artículo da pie para aseverar que no se trata de un acto aislado de cohabitación... "destacando del trato personal... *su naturaleza, intimidad y continuidad*". "...lo que los autores del proyecto querían eliminar era esa situación aberrante de exigir las relaciones notorias y estables, equiparables al concubinato, que dejaban en desamparo a la madre y al hijo...".

Arguye el recurrente que la eliminación de los adjetivos "notorias" y "estables", como calificativos de las relaciones carnales, no implican que la paternidad natural "pudiera resultar declarada judicialmente, con el correspondiente resultado atributivo, al azar o capricho del juzgador o depender de su benevolencia o sentimentalismo..." y continúa: "Es nítido el empeño del legislador de equilibrar los derechos y de evitar que con esa capa de humanitarismo se deslice la denominada jurisprudencia sentimental, en ocasiones pasional, y se produzcan abusos incalificables y sorpresas insospechadas, al calor de una actitud que bien pudiera definirse diciendo que 'se presuma que quien demanda una paternidad natural tiene la razón mientras el demandado no demuestre lo contrario, que trata de derivarse falazmente de la reforma de 1968, cual si ésta le hubiera otorgado al hijo natural y en los más de los casos a la madre de él, la prerrogativa de atribuirse el padre que mejor le convenga, muerto y con herencia pingüe' ".

3. Continúa el censor su ataque a la sentencia que combate, analizando variadas sentencias de la Corte, referentes todas ellas a la modificación legal sobre la exigencia de los atributos de "estabilidad y notoriedad" de las relaciones sexuales, establecida por la Ley 75, frente al ordenamiento de 1936: a que "hoy en día basta que por cualquiera de los medios probatorios admitidos por la ley, se produzca certeza en el juez acerca de la existencia de relaciones sexuales, sin calificativos, en la época en que se presume la concepción, para que aquél dé por cierto el hecho presumido..."; a que "en cuestiones de filiación natural... se exige del juzgador un especial rigor en el examen y valoración de la prueba..."; a que ..."los hechos indicativos y de los cuales pueden deducirse las relaciones sexuales deben estar revestidos de conexidad y reiteración..."; a que, para probar las relaciones sexuales, "no es necesario, en caso de la prueba de testigos, que éstos declaren que han percibido directamente los hechos... pero sí es indispensable que las relaciones versen sobre hechos indicadores de ellas (de las relaciones) ocurridos en la época en que pudo tener lugar la concepción..."; a que la presunción surge de los presupuestos "...las relaciones sexuales y su acaecimiento por la época en que la ley presume que ocurrió la concepción..."; a que "el trato personal y social debe ser probado, así como también, el medio en que se produjo y sus antecedentes, para que de ahí puedan inferirse las relaciones sexuales. Esa inferencia debe, desde luego, hacerla el juzgador, sin perjuicio de que los testigos que percibieron el mencionado trato y sobre el cual deponen, puedan haberla hecho también. En todo caso la mera deducción, que hagan los testigos, desprovista de los hechos positivos percibidos por ellos, que le permitan al juez compartirla o rechazarla, no basta en manera alguna para dar por establecida la presunción de paternidad natural..."; a que hoy, "el supuesto de hecho que debe acreditar el demandante en el proceso de filiación natural es el de que su madre tuvo con el presunto padre durante cualquiera de los días que integran la época de su concepción, relaciones sexuales sin otro calificativo". Rematando el extenso historial jurisprudencial, recuerda que, según ésta, para hacer una declaración de paternidad fundada en el artículo 6º, ordinal 4º de la Ley 75 de 1968, se exige indiscutiblemente prueba de tres circunstancias: que el demandado tuvo relaciones sexuales con una determinada mujer; que esta mujer es la madre del demandante; y que las relaciones tuvieron lugar durante la concepción de éste.

Deben demostrarse fehacientemente las relaciones sexuales y su época con "una demostración tal que sea imposible contrarrestarla", o mejor y aquí trae a colación la sentencia del 13 de junio de 1975, "sin que pueda quedar en el ánimo del juzgador el más leve ánimo de duda".

Observa el sustentador que "no es cualquier trato personal o social entre la mujer madre del demandante y el supuesto padre el que permite al juez inferir la sexualidad de la relación; ha de ser en tales circunstancias con tales antecedentes, de tal naturaleza, vistas su intimidad y continuidad, que constituya un paradigma de trato carnal, que se imponga a cualquier observador objetivo e imparcial". Y continúa "no le es dable al juzgador imaginar obsesivamente comercio carnal por cualquier encuentro o relación entre mujer y varón... y menos aún ubicarlas en el tiempo a mayor conveniencia del demandante" y remata: "lo que es inaceptable,

desde el punto de vista de la majestad de la administración de justicia y del entendimiento de las normas, es tomar abiertamente partido de antemano por las clases de contendores y maniqueamente declararse situado en el partido de los buenos, o sea en el de los hijos naturales en busca de padre cierto, burlándose de la doctrina y la jurisprudencia que atenúe esos impulsos y en rebeldía esnob (sic) hacerse pasar por puteta y tratar de asegurar el mantenimiento de esas cabriolas con el encarecimiento de la soberanía del juzgador de instancia y la presunción de sinceridad y cordura de su fallo".

4. Relativamente a la presunción de paternidad natural por presunción notoria del estado de hijo, incita el recurrente a tener presente a Demolombe, parte de cuyos comentarios cita el memorialista, y pide tener en cuenta su influencia, que tuvo sobre el legislador de 1936 en cuanto a este tema. Destaca de manera precisa que la aceptación de la posesión notoria del estado civil de hijo natural es igual en las dos leyes, la 45 y la 75; y "el reenvío a las normas del Código Civil se mantuvo, con la enmienda del artículo 393 del Código Civil por el artículo 9, que simplemente redujo el mínimo de duración de la *quasi possessio* de diez a cinco años, pero siempre continuos". Recuerda a la Corte la definición legal de posesión notoria de estado de hijo natural, para derivar los elementos de trato y fama que de ella resulta, para rematar escribiendo que el tratamiento de padre a hijo, como tal, "de ordinario se demuestra con testimonio, o sea con declaraciones de terceros", "pero del que pueden quedar rastros, reconstruibles por otros medios de prueba: confesión, documentos y fama, que no puede ser comprobada sino mediante testimonios, de oídas, y que necesariamente ha de derivar no en el criterio del juez, sino del testigo, integrante del núcleo de deudos o amigos del vecindario, de aquel tratamiento, que implica provisión económica y moral, en crianza, educación y establecimiento, sin que sea necesario que abarque las tres fases".

Espera, continuando su ataque, "que el *tractatus* y la *fama* han de apreciarse singularmente, en su realidad y, por lo mismo, en su relatividad, es algo, antes que justo, lógico, lo que, empero no conduce a hacer de la posesión notoria, algo tan importante y definitivo..., se convierta en una situación clandestina o que pueda darse probada con 'runrunes', seguramente póstumos y hechizos, creados a propósito por el demandante y su séquito, que en la empresa ya hay especialistas, picaruelos pares de los andaluces de los siglos XVI y XVII".

Con relación a la autonomía de las presunciones de paternidad natural, recuerda el casacionista que nuestro sistema se edifica sobre la base de causales específicas, nítidamente configuradas, relativas cada cual a circunstancias y hechos que en la vida se ofrecen como indicativos de la paternidad, y que, por lo mismo, autorizan para inferirla; cada cual es autónoma, independiente, sin que pueda mezclarse con otras "para hacer un *posi pourri*, de modo que tomando un poco de una y sumándolo a otro poco de otra y otra causal, resulte una convicción retaceada, antojadiza, ilógica e ilegal".

5. Continuando su ataque, dice el impugnador que "la sana crítica exige dar cuenta y razón del valor que se le asigna a cada prueba y al conjunto", a la vez que impone una rigurosa sujeción a la lógica, al buen

sentido y a la ética; y que "en ningún momento se ha introducido en el Derecho Procesal Civil el principio de libertad de convicción, de manera que el juez pudiera obrar, a manera de jurado de conciencia, 'verdad sabida y buena fe guardada'".

Y concretando los errores de juzgamiento, en el capítulo 5º de su demanda el casacionista sienta los siguientes conceptos, que se condensan: Dice que en la sentencia que combato, "desde la primera hasta la última línea campea un espíritu revanchista, un apasionamiento inaceptable, una posición de favoritismo, de manera que cada argumento o cada reflexión se engaste en forma que le dé ventaja a la demandante"; que ese "derroche de prejudicialidad y apasionamiento llevaron al juzgador, antes que a cometer yerros flagrantes en la apreciación de las pruebas, desfigurando su contenido, suministrándoles el que no tienen e ignorando los que desfavorecían a su protegida,... a tergiversar las normas que gobiernan la investigación judicial de la paternidad natural y su prueba, con yerro hermenéutico también manifiesto".

Añade que la sentencia por él combatida "se empeña en sostener que es aceptable fundar la paternidad en unas referencias ralas o amores en un solo testimonio"; que en dicho fallo, afirma el censor, "el Tribunal desdeña y, cuando no, tergiversa el inciso 2º del artículo 6º, numeral 4 de la Ley 75 de 1968, al tomar cualquier contacto como índice de relaciones sexuales, al margen de las circunstancias, antecedentes, naturaleza, continuidad e intimidad"; y dice, además, que el Tribunal, "habiendo dispuesto de antemano declarar la paternidad impetrada, toda la sentencia, con desorden pasmoso, se circunscribe a apuntalar esa decisión, sin que le importen la ley, la lógica y los hechos".

6. Objeta el recurrente, desenvolviendo este cargo, que para el Tribunal "la prueba por excelencia de la paternidad natural es la confesión extrajudicial" y que "a sabiendas de que el difunto no puede desmentir lo que se le atribuye, puede hacer lenguas sobre supuestas confesiones, a los concertados que se esmeran en presentarse como íntimos del difunto y receptores de sus más reservadas confidencias"; que no cayó en la cuenta el sentenciador ni siquiera "de que aquí la demandante no es la madre indigente, sino la hija, ya adulta, en busca de herencia".

El impugnador le enrostra al juzgador el error siguiente: "Su visión de la causal relaciones sexuales es la de que al juez le está concedido el privilegio de asignar paternidad con cualquiera prueba que él tome por suficiente al margen o a la contrariedad de la ley y de la sana crítica"; que, de otra parte, el *ad quem* "entremezcla causales y apoya la 4ª en la tristeza que según algún declarante mostraba Nancy Espinel en el sepelio del doctor Libardo Enrique Correa, cual si ese estado, independientemente de su veracidad y pertinencia, tuviera algo que hacer con las relaciones supuestas, habidas por la madre de la demandante con el supuesto padre más de 40 años atrás"; y que también da por probada la causal de posesión notoria "sobre la base de que está probado que el doctor Correa en varias oportunidades trató a Nancy como a su hija" y que la sentencia impugnada, "con el estribillo de que no se puede suponer que un testigo sea mendaz o de mala fe, el Tribunal se escuda para eludir cualquier examen

de las declaraciones y manejar las causales, su prueba según la ley y la prueba misma en la forma más ligera y alegre".

Rematando la formulación de este cargo, expresa el casacionista: "Si el Tribunal hubiera procedido teniendo en cuenta la ley, sometido a ella, acatándola en su verdadera significación, no habría podido, ciertamente, dar por acreditada la paternidad sobre la base de dar por probadas relaciones sexuales y posesión notoria del estado civil, tales como las configura y determina la misma ley. Su aceptación indiscriminada, entusiasta de la demanda, a despecho de la falta de prueba de los respectivos supuestos de hecho de las disposiciones, derivó una falta de hermenéutica, como se señaló y salta a la vista de la lectura de la sentencia y su cotejo con los preceptos pertinentes y su entendimiento recto.

"...Tomando en forma diferente a como están descritas y reguladas en la ley las relaciones sexuales y la posesión notoria del estado civil, como causales o presunciones de la paternidad natural, el Tribunal dio por establecidas dichas causales aquí, o sea que lo que él dio por probado no es lo que el ordenamiento previene. De ahí su desenfoque y el influjo de la interpretación errónea en el sentido de su decisión, y en la aplicación indebida de los preceptos citados".

Se considera

1. Como se ha dejado dicho en el resumen que de su sentencia se hizo, en el caso de este proceso el Tribunal Superior de Buga, tomando apoyo en el análisis conjunto de la prueba testifical practicada, estimó, y son estas las dos razones fundamentales que sustentan su fallo estimativo de la paternidad natural deprecada por la demandante, que, por una parte, "aparece demostrado plenamente que la demandante Nancy Cruz es hija natural (hoy extramatrimonial) del causante doctor Libardo Enrique Correa Cancino, por haberse acreditado sin la menor duda, que entre este último y Martha Cruz, madre de aquélla, existieron relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil, pudo tener lugar la concepción..."; y que, por la otra, en que tampoco cabe ninguna duda, "dado que la abundante prueba testimonial así lo acredita, que dicho causante trató a Nancy Cruz como a su hija natural...".

La acusación por violación directa se presenta, según se infiere del resumen que del primer cargo se ha hecho, porque en sentir del impugnador el Tribunal incurrió en error de hermenéutica al empeñarse en sostener "que es aceptable fundar la paternidad en unas referencias ralas a amores en un solo testimonio"; porque considera "que la prueba por excelencia de la paternidad natural es la confesión extrajudicial"; al tomar "cualquier contacto como índice de relaciones sexuales, al margen de las circunstancias..."; al creer que la causal de "relaciones sexuales le concede al juez el privilegio de asignar la paternidad con cualquier prueba que él tome por suficiente"; al "entremezclar las causales" o presunciones de paternidad; y, finalmente, porque da por establecida la posesión notoria "sobre la base de que está probado que el doctor Correa en varias oportunidades trató a Nancy como a su hija".

2. Luego de cotejar el contexto de la sentencia combatida y el contenido de esta primera censura que a ella hace el recurrente, la Sala advierte que hay entre los dos extremos una sustancial discrepancia: mientras el fallo da por demostrados los hechos alegados en la demanda como estructurales de las causales de paternidad invocadas, el recurrente cree que no están debidamente probadas ni las relaciones sexuales habidas entre Correa Cancino y Martha Cruz, ni la posesión notoria del estado de hija natural que la demandante invoca en relación con el mentado causante. Y esa clara discrepancia del censor con las conclusiones que en el campo fáctico sacó el Tribunal a través del análisis probatorio, no permite atacar la sentencia por vía directa, como aquí se hace, sino que debió plantearse por la indirecta; porque lo cierto es que si el *ad quem* dio por probados hechos que no resultan del haz probatorio, o no apreció otra u otras pruebas, o si habiéndolas apreciado las valoró equivocadamente, todo eso es aspecto que por ubicarse en el campo probatorio tiene que atacarse en casación por violación indirecta de la ley sustancial.

3. *Porque, como lo ha dicho la Corte, la causal primera de casación surge siempre del quebranto directo de la ley sustancial. "La violación puede producirse de dos modos: por vía directa o por vía indirecta. Se infringe la ley por vía directa cuando, sin consideración a las pruebas, se deja de aplicar dicha ley, o se la aplica indebidamente, o se la interpreta de manera equivocada. La infracción de la ley se produce por vía indirecta cuando no se la aplica o se aplica en forma indebida como resultado o consecuencia de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de las pruebas" (CVIII, 56).*

Como también lo ha dicho la Corte, la violación directa de la ley sustancial "implica, pues, por contraposición a lo que a su vez constituye el fundamento esencial de la violación indirecta, que por el sentenciador no se haya incurrido en yerro alguno de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas; y que, por consiguiente, no exista reparo qué oponer contra los resultados que en el campo de la cuestión fáctica hubiere encontrado el fallador, como consecuencia del examen de la prueba. Corolario obligado de lo anterior es el de que, en la demostración de un cargo por violación directa, el recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal. En tal evento, la actividad dialéctica del impugnador tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales sustanciales que considere no aplicados, o aplicados indebidamente, o erróneamente interpretados; pero, en todo caso, con absoluta prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el sentenciador haya hecho en relación con las pruebas" (CXLVI, 50).

4. Como ya está dicho, para declarar la paternidad natural deprecada en la demanda el Tribunal de Buga consideró que estaban indubitablemente demostrados los hechos atinentes a las causales o presunciones alegadas en su favor por la demandante.

De la lectura del cargo que aquí se analiza se advierte que, a pesar de haberse formulado claramente por violación directa de la ley sustancial regulativa de la filiación natural, su sustentación se edifica esencialmente en la discrepancia que el censor muestra en torno a la prueba de las rela-

ciones sexuales y de la posesión notoria, que cree no existe en este caso como lo exige la ley; la sustentación del cargo arranca y se desarrolla íntegramente sobre la visión del casacionista de que, en este supuesto, ni las relaciones sexuales, ni la posesión notoria aparecen legalmente demostradas; es decir, que el cargo viene edificado, indiscutiblemente, sobre presuntos errores de orden probatorio, fundamentación que pone de manifiesto que no se trataría de violación directa sino de la indirecta del derecho sustancial.

5. Confrontadas las causales previstas por el estatuto legal correspondiente, como requeridas para declarar judicialmente la paternidad natural, con las que, bien o mal, dio por probadas en este caso el sentenciador *ad quem*, no encuentra la Corte la existencia o configuración del yerro *juris in judicando* que el recurrente le endilga a la sentencia. En efecto: si las relaciones sexuales y la posesión notoria, a juicio del Tribunal, quedaron demostradas "sin la menor duda", hay que aceptar que las causales que el *ad quem* dio por establecidas son las que el ordenamiento legal previene el punto, por lo que evidentemente no puede decirse que se haya infringido directamente la Ley 75 de 1968, más precisamente sus numerales 4 y 6 del artículo 6º.

Otro tema, éste sí no atacable por la vía directa, lo constituiría el hecho de que la sentencia hubiese declarado probado lo que no está, y, en tal supuesto el quebranto tendría que corregirse en casación por el camino de la violación medio.

6. Consecuencia de todo lo expuesto es entonces la de que esta censura no puede prosperar.

Cargo segundo.

1. Por él se acusa la sentencia del Tribunal de quebrantar, por aplicación indebida, los artículos 1º, 6º y 20 de la Ley 45 de 1936, 6º, 9º y 10 de la Ley 75 de 1968, y 399, 1274 y 1321 del Código Civil, como consecuencia de los errores de hecho evidentes en que habría incurrido el *ad quem* en la apreciación de las pruebas aducidas para demostrar la paternidad natural reclamada.

2. En desenvolvimiento de este cargo el censor comienza por sentar los siguientes postulados:

1º Que a la demandante, para obtener sentencia positiva, le correspondía probar:

a) Las relaciones sexuales entre su madre y Libardo Enrique en la época comprendida entre el 14 de octubre de 1939 y el 11 de febrero de 1940; y

b) Que Libardo Enrique Correa le dio trato a su hija, proveyendo a su subsistencia y educación, de manera que sus deudos y amigos le hayan reputado como hija suya; y

2º Que el Tribunal dio por establecidas las dos presunciones con las pruebas aducidas al proceso, las cuales "no acreditan ninguno de los hechos constitutivos de las causales".

Afirma la censura que el Tribunal *ad quem*, "movido por la conciencia de la falta de prueba, y no acertando a cubrirla u ocultarla, contra la ley y la lógica, anuncia que combinará las pruebas de las dos causales, de forma que..., supuestas pruebas de posesión notoria, inanes a ese propósito..., le sirvan para dar por probadas unas relaciones sexuales que debieron sucederse cuarenta años atrás y que no aparecen demostradas por ninguna parte"; y que, en punto a posesión notoria, el Tribunal "no solamente desconoce peladinamente sus elementos, la relación de dependencia o causalidad entre ellos y la necesidad de su prolongación en el tiempo, sino que, soberbia, ilógica e ilegalmente se rebela contra la exigencia de pluralidad de testimonios y de calidad de ellos, a pesar de lo cual todos, sin importar su deficiencia en la exposición, en su carácter y en su moral, pasan derecho y las manifestaciones de la Corte en pro de una mayor singularidad en la apreciación de las circunstancias y, eventualmente, un menor rigor en el juzgamiento, las toma veloz como cobertura de su afán de favoritismo y de parcialidad ostentosa".

3. Y luego de descalificar como medio de prueba la grabación que el sentenciador tomó como indicio, y de afirmar que para ese juzgador no tuvieron "la misma credibilidad los testimonios que dan fe de no haber sabido de ningún trato paterno-filial del doctor Correa para con nadie", pasa a concretar los yerros de facto que denuncia, así:

Refiriéndose al testimonio de Bertha Díaz de Rojas, cuyos apartes trascendentales sintetiza, dice el impugnador que fue recibido "antes del proceso sin citación de la contraparte y esa declaración no fue ratificada por ella"; que "resalta el contraste entre su contenido verdadero y la exaltación que de él hace el Tribunal, que, lejos de haberlo analizado, lo único que hizo fue ensalzarlo y adobarlo. El Tribunal no advirtió que la testigo, según sus voces hizo apenas hasta tercer año de bachillerato (Fol. 20), de donde resulta extraño que a los veinte años anduviera en el colegio a ese nivel, con su amiga Ligia Cruz, a quien visitaba para tener oportunidad de oír rumores, consejas y chismes. Como tampoco tuvo en cuenta que la declarante solamente vio una vez en la calle y sólo en la calle a Martha Cruz con Libardo Correa, conversando, no al escondido, pues ella misma rectifica que no fue dentro de la casa, sino en la calle, en la esquina". A continuación se pregunta: "¿En qué mente sana e imparcial cabe sostener que con este dicho sin responsividad, sin certeza, elusivo, confuso y sospechoso por sus contradicciones, se pueda declarar demostradas unas relaciones sexuales y con ellas una paternidad?" y afirma: "Hay una contravidencia al sostener que en esa declaración, mezcla de opiniones personales, chismes de antigüedad dudosa, con contradicciones cronológicas inexplicables y sin elementos de juicio, hay una prueba de relaciones sexuales entre Martha Cruz y Libardo Correa para cuando aquélla pudo concebir a Nancy...".

De la apreciación que el Tribunal hizo de la declaración jurada de Alfonso Gil Boldán dice el impugnante, luego de extractar su contenido, que es preciso recordar que para "los comienzos de los años cuarentas Ligia, la niña condiscípula de la otra niña, Bertha Díaz, para cuando ésta la visitaba en su casa, cursando los primeros años de bachillerato, ya estaba casada con Saúl Bravo. Esto para meditar en torno del esfuerzo

y el apoyo del testimonio de Roldán al de Bertha, y para apreciar en su justo valor qué quieren decir estos conceptos en el criterio del Tribunal".

Considera el casacionista que también incurrió en error de hecho el Tribunal en la apreciación del testimonio de Omaira Esther Correa de Muñoz, puesto que, a juicio de aquél, quien compendia la declaración, no hay en este "aserto de trato entre Martha Cruz y Libardo Correa y para la época oportuna".

Y continúa el censor analizando los testimonios de José Enoch Varón Escobar, Arcadio González Echeverri, Rigoberto López Cifuentes, Carlos Alberto Figueroa, Crisanto Lozano, para enrostrar a cada uno de ellos deficiencias, ya cronológicas, ya de responsividad y concluir que no es posible que el Tribunal derive convicción de "esas consejas, de esas medias-sílabas, incoherentes, sin fundamento, y profundamente sospechosas". Esta última afirmación la deriva el exponente del hecho de que casi todos los deponentes resultaron amigos de Nancy Cruz, o de su madre, o compañeros de ésta en su trabajo en la Administración de Hacienda de Tuluá. Anota "es muy curioso que la demandante no haya podido traer al proceso más declaraciones que las de un concubinario de su prima Nubia, a una supuesta condiscípula de otra prima, para que digan lo que oyeron de ellas mismas, a un abogado sindicado de falsedad y estafa, a un antiguo empleado judicial, ducho en estas lides de declaraciones de filiación en el Valle, y al coro de compañeros y cónyuges de compañeros suyos en la Administración de Hacienda. Y es más extraño que el Tribunal no haya reparado en esta circunstancia".

Acota que las declaraciones extraproceso rendidas por Bertha Díaz de Rojas, Arcadio González, José Enoch Varón y Rigoberto López no fueron ratificadas "pero sí todas repetidas textualmente por los deponentes".

4. Relativamente a la posesión notoria del estado de hija natural que la sentencia acepta, la censura, luego de referirse a la estructura legal de tal presunción, a sus elementos integrantes y a su prueba, censura con acritud la apreciación que al respecto hizo el Tribunal de la prueba respectiva. Dice, en efecto, que el *ad quem* "ignoró y atropelló esos lineamientos ineludibles", y para sostener su exagerada aserción analiza críticamente cada uno de los testimonios rendidos por José Enoch Varón Escobar, a quien califica de "don nadie"; Arcadio González E.; Rigoberto López Cifuentes, el abogado; María Martha Gómez de Parra, compañera de Nancy; Julián Arteaga Zuluaga y Carlos Alberto Figueroa, para tacharlos de falacia, cinismo, de hechizos artificiosos y acomodaticios y preguntar, al final, si de ellos se deriva tratamiento, fama, tiempo y continuidad.

Cita, haciendo lista total, todos los otros testimonios aportados al proceso, "para que no se vaya a pensar que el Tribunal, sin haberlos citado sí tuvo en cuenta los demás testimonios y que su sentencia podría quedar en firme apoyada en ellos". De todos estos testimonios que el Tribunal "rechaza por insignificantes y porque, dada la naturaleza reservada de Libardo Correa, el hecho de que sus amigos, allegados más próximos, nada supieran de una supuesta hija suya, no aporta nada al

proceso", sólo se considera la declaración de Paulina Hernández Herrera, porque "ella se refiere a los 'runrunes' de la paternidad".

Expresa, concretando el yerro que denuncia: "Contraevidencia al haber tenido aquellas declaraciones por prueba de la posesión de estado por parte de Nancy Cruz, siendo que no hay en ellas nada relacionado con el tratamiento... Contraevidencia al dar por probados los elementos de la posesión notoria sin ningún asidero, y al haber despreciado la fama contraria, en boca de personas rectas y de buen crédito, ellas sí en condiciones de percibir la realidad de transmitirla sinceramente".

SE CONSIDERA

1. *Hase dicho, en el campo del recurso extraordinario de casación, que la función de analizar las pruebas para aplicarlas a los hechos litigados corresponde ordinaria y normalmente a los juzgadores de instancia; que es en las instancias del proceso en donde generalmente se deluten, y deben debatirse, todas las cuestiones fácticas del pleito, sobre las cuales sólo muy excepcionalmente puede volverse en casación. Esa misión que la ley defiere a aquellos agentes de la jurisdicción, esa confianza que les hace, es lo que la doctrina universal y con ella la jurisprudencia han llamado* soberanía del fallador en la apreciación de las pruebas.

Y como en la prueba por indicios se trata fundamentalmente de que el sentenciador, partiendo de un hecho conocido y al través de una inferencia lógica o un juicio deductivo descubra la existencia del hecho que se controvierte en el pleito, esa denominada soberanía del juzgador sube de punto desde luego que su convicción no rebasa el campo de su inteligencia. Por lo consiguiente, no puede existir duda alguna acerca de que por regla general el análisis del mérito de las pruebas queda cerrado definitivamente en las instancias, y que la crítica en la Corte a dicha apreciación se reduce a determinar si por error evidente de hecho o por uno de derecho estuvieron admitidos, como probados o como no probados, los supuestos fácticos que en la demanda se invocan como estructurales del derecho cuya tutela se suplica.

Es oportuno repetir que el criterio del fallador de instancia debe permanecer inmutable en casación salvo que se demuestre, de manera manifiesta u ostensible, que adolece de error de hecho, porque contradice el buen sentido o se opone a elementales leyes naturales. Se trata de que el casacionista demuestre esa contraevidencia; y aun cuando siempre es posible, por vía de especulación, intentar con base en las mismas pruebas demostrar con lógica aparente otras alternativas diferentes a la acogida por la sentencia combatida, en esa contraposición de criterios, como lo ha dicho la Corte, "forzosamente ha de prevalecer el del Tribunal, cuyas decisiones, como emanadas de quien es agente de la justicia, revestidas están de la presunción de acierto" (Cas. 22 de noviembre de 1965).

2. Como ya está dicho, en el caso de este proceso el Tribunal de Buga declaró la paternidad natural de la demandante en relación con Libardo Enrique Correa Cancino, porque encontró demostradas las dos causales invocadas: las relaciones sexuales habidas entre éste y Martha Cruz, por

la época de la concepción de aquélla; y porque, además, la actora acreditó la posesión notoria del estado civil respectivo.

De acuerdo con la preceptiva legal pertinente (Art. 6º, Ley 45 de 1936), la posesión notoria del estado civil de hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento. Y para que dicha posesión autorice una declaración judicial de paternidad tiene que haber durado cinco años continuos por lo menos.

Tres son pues, según doctrina jurisprudencial reiterada, los elementos que tipifican la posesión notoria del estado civil de hijo natural: el trato, la fama y el tiempo. Estos tres elementos que aquí se mencionan son los mismos, y no podía ser de otra manera, los que consideró el Tribunal de Buga en su sentencia y los que declaró probados indubitable y suficientemente con la prueba testifical analizada por él, la que, desde otro punto de vista, se practicó con observancia de todas las formalidades de ley tendientes a la publicidad y contradicción, por lo que resultaría injurídico "desestimar declaraciones que se han producido con injerencia de ambas partes".

3. No podría la Corte, ahora, infirmar la sentencia en razón de una supuesta laxa apreciación de los testimonios, desde luego que, cotejado el contenido de éstos con lo que el Tribunal dedujo apoyado en ellos, no encuentra la contraevidencia que el recurrente alega relativamente a la posesión notoria; no existe, en la apreciación que el sentenciador *ad quem* hizo de las declaraciones juradas, el error de hecho protuberante que la impugnación le endilga. En efecto.

El testigo José Enoch Varón Escobar, compañero de juegos del finado Libardo Enrique Correa Carcino, dice en su declaración jurada que al estar en compañía de éste en el Bar Central, tomando café, cuando pasó Nancy aquél le dijo al deponente: "Ve, por ahí va mi hija y se mantiene disgustada conmigo por cuanto no le he dado el apellido. Esta misma conversación se volvió a repetir siempre que tomábamos tinto y él me preguntaba: '¿Qué hubo, qué te ha dicho mi hija? Yo le respondía pues (sic) que no conversaba esos asuntos con ella porque yo no me debía meter en la vida privada de las personas'...". "De esto hace más o menos unos siete años" (Fls. 1, 2 Cd. 7).

Arcadio González Echeverri (Fls. 2 v. a 4 v. Cdno. 7), 67 años, jubilado por la Cámara de Comercio, "recuerdo que frente a los juzgados había una cantina... allí... íbamos con empleados del poder judicial y hacíamos tertulia con abogados y amigos... entre esos contertulios estaba muchas veces el amigo Libardo, quien no sé si era estudiante o estaba ya titulado como abogado... En muchas ocasiones cuando lo veíamos salir a la calle y lo veíamos conversando con la citada Martha, quien llevaba la niñita mencionada de la mano (se refiere a Nancy Cruz), le hacíamos la 'chacota', que a qué había salido, que si era para darle leche a la niñita, que no podía negar que era hija de él. Siempre nos contestaba Libardo que no lo molestáramos, que él veía por esa niñita, pues era su hijita...

Sólo quiero repetir que en las ocasiones que (sic) tanto yo como amigos lo molestábamos, él nunca negó que esa niña fuera su hija" (se observa que el deponente ubica el hecho narrado, durante la misma época en que fue oficial del Juzgado Penal del Circuito, cargo por al cual vino a vivir a Tuluá en 1940).

"Hoy recuerdo que no sólo fueron dos Cruz los que me dijeron que el papá de la citada niña, es decir de Nancy, era mi amigo Libardo Cruz (sic), sino tres Cruz: Ligia Cruz de Bravo, la mamá de Ligia llamada Carmen Cruz y la misma Martha, porque alguna vez le pregunté si en verdad el papá de Nancy era Libardo y ella me dijo que sí".

Rigoberto López Cifuentes (Fls. 17 a 20, Cdno. 7), abogado, 69 años, dedicado al ejercicio profesional, compañero de Libardo Correa en el Bar Central. "Después de que Libardo Correa me presentó a Martha Cruz, me volví a encontrar con él porque por los lados de donde es hoy el almacén 'Ley', andaba con una niña que en ese entonces tenía unos nueve o diez años y me la presentó como su hija, deduzco entonces que esa niña a quien me presentó y que en ese momento dijo llamarse Nancy es hija de Libardo Correa...". A otra pregunta: "Lo único que puedo decir es que por la época en que Libardo me presentó a la niña Nancy como a su hija me lo volví a encontrar a él y a ella por el Parque Boyacá de esta ciudad; ella iba con uniforme del colegio y yo le pregunté que dónde estudiaba y me respondió que en el Colegio de las Madres. Le pregunté que quién le había regalado el uniforme y mirando a Libardo me contestó que su papá y que él le daba lo que le pedía. A continuación esta niña Nancy cogió a Libardo del brazo y le dijo 'camine pues papá'". Instado a decir lo demás que le constara manifestó: "En el año 1976 o 1977 yo tenía mi oficina de abogado en compañía del doctor Carlos Hernán Vásquez en la carrera 27 entre calles 27 y 28 y un día llegó el doctor Libardo Correa con un legajo de escrituras para que el doctor Vásquez las estudiara y le hiciera una póliza (sic) para una sociedad entre él, su hermano Luis Hernando y los hijos de éste. El doctor Vásquez me encomendó el estudio de esas escrituras y encontré que uno de los bienes había sido adquirido en remate y entre los instrumentos se encontraba el expediente en donde estaba el acta... Yo les dije que tenían que llevar el expediente a la notaría... Libardo continuaba yendo a la oficina... y un día de esos le dije: 'Pues si ustedes son muy hermanados qué necesidad tienen de hacer escritura de propiedad', me respondió que pensaba hacer un testamento para dejarle todos los bienes a su hermano Luis Hernando y a los hijos de éste. Yo le contesté 'pues si no tiene herederos forzosos, esos bienes van a poder de tu hermano', él me respondió que era que tenía una hija natural y yo le dije: 'ah, es Nancy, la que me presentaste en el Parque Boyacá' y me respondió que sí".

La declarante María Martha Gómez de Parra (Fls. 23, 24, Cdno. 7), de 43 años, casada, empleada del Ministerio de Hacienda, dice en su testimonio que en "cierta oportunidad el señor (se refiere al doctor Libardo Enrique Correa Cancino) se presentó a la administración con un requerimiento y en vista de que para esas cosas específicas, no tenía nada que ver y le dije que por qué no se dirigía a la hija de él, que pues podría ser la persona más indicada para estos casos. Le dije que esperara un

momento y llamé a Nancy". "El señor José María Cruz Pazmiñ me había puesto en conocimiento de que el padre de ella era el señor Libardo Enrique Correa que en esos momentos pasaba...". En otra respuesta dijo: "La única vez que yo le (sic) oí decir 'papá' a él (sic) Nancy fue cierto día que yo estaba hablando con Jorge Vásquez Mota, siendo funcionario de la Contraloría y estando hablando en cuestiones generales llegó don Libardo con Nancy y oí que Nancy se dirigía a Jorge Vásquez diciéndole que ayudara al papá en un problema que tenía allí".

Y añadió en su testimonio: "...un compañero de oficina de nombre Luis Alberto Muñoz Marmolejo, quien es casado con Omaira Correa de Muñoz, me había manifestado que la familia reconocía que Nancy era hija de él (se refiere a Libardo Correa) y que inclusive la señora estaba dispuesta a manifestarlo en cualquier parte, esta conversación fue después de la muerte de Libardo". Y termina: "el doctor Julián Arteaga me informó que el papá de Nancy había muerto, refiriéndose a don Libardo".

Alfonso Gil Roldán (Fls. 26 a 27, Cdno. 7) médico, de 60 años, vecino de Tuluá, en su declaración jurada dice: "En la casa de las citadas personas (Saúl Bravo y Ligia Cruz, ésta prima hermana de Martha Cruz, madre de Nancy), conocí también a una niña quien es Nancy de Espinel hoy, como hija del señor Libardo Correa y de doña Martha Cruz...". Preguntado sobre ¿cómo se enteró que Nancy era hija de Libardo Correa?: "Porque me lo manifestó Ligia Cruz y/o Saúl Bravo". Preguntado: ¿Fuera de las dos personas que ha mencionado en el presente testimonio, alguna otra u otras le comentaron a usted de que Nancy Cruz era hija de Libardo Enrique Correa Cancino? Contestó: "Naturalmente que en el círculo de amistades se comentaba sobre la belleza de la niñita de Libardo Correa, todo el mundo decía que era hija de él".

Jorge Enrique Lozano Ochoa (Fl. 58 Cdno. 7), 70 años, agricultor, vecino de Tuluá, fallecido antes de la diligencia de ratificación. "La conocí aquí en Tuluá (a Nancy), en la Recaudación de Hacienda Nacional. La conocía hace unos seis años, más o menos, tuvo ella necesidad de una plata y yo se la presté... el doctor Julián Arteaga me manifestó que ella era hija del doctor Libardo Correa... en esas condiciones le presté $ 25.000.00 en un cheque... Posteriormente conversando con el doctor Libardo Correa Cancino, precisamente el día en que se le perdió un anillo de diamantes... le dije: ¿Por qué no me recoge este cheque? (se refiere al que le había prestado a Nancy) y dijo yo no tengo plata y le dije ahora va a negar que es el papá de Nancy, y dijo sí, pero no tengo plata...".

Carlos Alberto Figueroa (Fls. 42 a 44, Cdno. 7), jubilado por la CVC, alfabeta, testimonio ordenado por el honorable Tribunal de Buga. "...Yo la conocí a Nancy en Tuluá en la misma oficina del doctor Libardo Correa Cancino, me parece que fue en 1951 o 1952... yo me encontraba en la oficina porque era muy amigo de Hernán Vásquez Aguilar y del doctor Correa Cancino... entonces se arrimó la niña e iba a pedirle una plata para unos libros o para matrícula, pues no me acuerdo bien ... entonces el doctor Correa le dio una plata a esa niña, entonces yo le pregunté a Hernán que por qué le daba él esa plata a esa niña y me dijo Hernán Vásquez que era que esa niña era hija del doctor Libardo, entonces la

muchacha se puso a llorar porque no le alcanzaba la plata del doctor Libardo. Entonces el doctor Libardo le dijo que no le daba más y Hernán Vásquez le dio $ 100.00 a la niña... Yo trabajé con un tío del doctor Libardo... y él decía de esa niña que era hija del doctor Libardo... Lo único que se oía en la calle era que (sic) hija de Libardo, que no era sino ponerle saco a la hija y era el mismo Libardo y comentábamos con Hernán Vásquez que no se parecían en los ojos... El doctor Libardo no fue con ella grosero sino que le dijo que no tenía más plata". Interrogado sobre si presenció trato familiar de padre a hija, entre Nancy Cruz y Libardo Correa, manifestó: "Pues sí, diciéndole hija, es un trato de padre a hija"... "Por ahí unos trece o catorce años tendría (Nancy)... Sé qué le dio el doctor Libardo a la niña porque ésta le dijo que no le alcanzaba"... "El doctor Correa la tenía (se refiere a la oficina) al voltiar de la cárcel, de la plaza principal dos cuadras y media hacia arriba...".

4. Las declaraciones testimoniales referidas, cuyos pasos trascendentes la Corte ha transcrito, son, a juicio de esta Corporación, responsivas, exactas y completas; todas ellas, analizadas en el conjunto de sus textos, permiten advertir que no hubo en su apreciación yerro fáctico, mucho menos en la categoría de manifiesto, ostensible o contraevidente; que, como lo dedujo el *ad quem*, esos testimonios sí tienen virtualidad suficiente para acreditar la posesión notoria del estado civil de hija natural que con relación al finado Correa Cancino alega la demandante.

Con tanto mayor razón es aceptable esta cardinal conclusión si se recuerda que, como sin eclipses y justicieramente lo han sostenido al unísono la doctrina y la jurisprudencia patrias, "*en el régimen probatorio en la cuestión de investigación de la paternidad natural no puede exigirse un criterio tan severo que llegue a establecer un sistema de tan extremado rigor que haga prácticamente irrealizable su comprobación judicial. Por esto la ponderación de los testimonios que la acreditan tiene que quedar a la cordura, perspicacia y meditación del juzgador, quien tiene que analizarlos con ponderada ecuanimidad de criterio, considerando las circunstancias personales de cada testigo, el medio en que éstos actúan; evaluándolos no uno a uno sino en recíproca compenetración de sus dichos, a fin de determinar hasta dónde han de ser pormenorizados los datos que cada testigo aporte, y, en fin, a sopesar todos los elementos de juicio que le permitan el convencimiento interior afirmativo o negativo de la filiación deprecada. Y si la sentencia de instancia que así lo deduzca no se sitúa ostensiblemente al margen de lo razonable, o si no contradice manifiestamente lo que la prueba testifical indica, tiene que permanecer y mantenerse inmutable en casación, pues en esas precisas circunstancias a la Corte le queda vedado modificar o variar la apreciación probatoria que el fallo impugnado trae*" (*Cas. 16 de octubre de 1983 y Cas. 29 de julio de 1980*).

5. De consiguiente, la declaración de paternidad natural contenida en la sentencia combatida, y fundada en la presunción de posesión notoria, es legal y debe mantenerse, aún en el supuesto de que en lo atinente a las relaciones sexuales el Tribunal hubiera incurrido en yerro evidente de hecho, pues en tal supuesto aquella otra causal serviría de fundamento idóneo a la sentencia, la cual por tanto no podría casarse.

Puede entonces la Sala prescindir del análisis del yerro de hecho que en la apreciación de las pruebas demostrativas de relaciones sexuales le endrosta el casacionista al fallo del Tribunal de Buga, porque no siendo necesaria para declarar una paternidad natural la concurrencia de dos o más presunciones en el punto, cuando el juzgador encuentre plenamente demostrados los hechos básicos de una cualquiera de ellas tiene que declarar esa paternidad reclamada, quedando por lo mismo relevado del deber de considerar las demás causales que se hayan alegado.

6. De lo dicho se sigue que el cargo es infundado.

IV. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de veintinueve (29) de junio del año último pasado, proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Costas del recurso a cargo de los apelantes.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

CONTRATO DE DEPOSITO

Perfeccionamiento. Remunerado, responsabilidad del depositario. Obligaciones fundamentales del depositario. Sujetos del contrato. Parqueo de vehículos. Quién está legitimado para pedir indemnización al depositario.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

Bogotá, D. E., 2 de septiembre de 1985.

Procede hoy la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 12 de septiembre de 1984, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por Jaime Gil Yepes en frente de Angel Arturo Echeverry.

I. El litigio

1. Por repartimiento efectuado el 26 de noviembre de 1980, correspondió al Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá conocer de la demanda instaurada por el mentado Gil Yepes contra el citado Echeverry, tendiente a que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que entre ellos existió un contrato de parqueo o depósito a título oneroso, mediante el cual el primero entregó al segundo, para su custodia y guarda en el aparcadero de propiedad de éste, denominado "Parqueadero Auto Décima", un vehículo automotor de propiedad de aquél, marca Ford, tipo camioneta Ranger, modelo 1978, motor F15HCCE6205, color rojo y blanco, de placas AL 9000, destinado al servicio particular;

b) Que por la pérdida del vehículo descrito, de propiedad del demandante, dejado por éste en el aparcadero sobredicho el 19 de octubre de 1979, el demandado ha causado a aquél perjuicios de diverso orden,

que determina así: $ 900.000.00, por concepto del valor real del vehículo extraviado, y por concepto "de daño emergente y lucro cesante" la suma que se determine pericialmente, teniendo en cuenta que el actor empleaba el automotor "en viajes de negocios por todo el país, lo cual le producía una ganancia superada en tres mil pesos diarios"; y,

c) Que, consecuencialmente, se condene al demandado a pagar al demandante las indicadas cantidades, y, además, en las costas procesales.

2. Las afirmaciones de hecho que el demandante invocó en apoyo de sus pretensiones, quedan sustancialmente resumidas en las siguientes:

a) Jaime Gil Yepes celebró un contrato de parqueo o depósito provisional a título oneroso con Arturo Echeverry, propietario del parqueadero "Auto Décima", el día 19 de octubre de 1979, por el cual aquél dejó al cuidado de los empleados del demandado, el vehículo descrito en el literal a) del numeral 1, anterior;

b) El día 20 de octubre de 1979, el demandante fue informado que el vehículo de su propiedad había sido retirado a las dos de la mañana de ese día, mediante el uso de la fuerza, "por un individuo desconocido" y sin otra explicación;

c) Al reclamar el demandante al demandado, éste le contestó que formulara denuncia penal por el robo del vehículo;

d) Los empleados del parqueadero no informaron inmediatamente al propietario del vehículo, ni formularon ante las autoridades la denuncia correspondiente; tampoco actuó el propietario del aparcadero;

e) El demandante, Gil Yepes, formuló la denuncia penal el día 20 de octubre de 1979, por la pérdida del vehículo descrito, el cual había adquirido por compra hecha a José J. Martínez Monroy y por el precio de $ 300.000.00. El vehículo era usado para viajes de negocios a ciudades del Valle del Cauca y de la Costa Atlántica; y

f) El automotor fue dejado cerrado y con seguridades en el sitio de parqueo.

3. Oportunamente el demandado contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de su demandante; y en cuanto a los hechos, salvo el atinente a que ni él ni sus empleados habían formulado denuncia penal, el cual sí aceptó como cierto, negó los demás, expresando que algunos de éstos constituían simples "apreciaciones subjetivas del actor".

En esa misma oportunidad propuso, como excepciones de mérito, las que denominó "ilegitimidad de personería del demandante", "inexistencia del derecho sustantivo en el demandante", "carencia de acción" e "inexistencia de culpa en el demandado", que fundamentó, las tres primeras, en el aserto de que el demandante no acreditó "su calidad de propietario del vehículo" y en el de que "no hay prueba de que el señor Arturo Echeverry tenga alguna relación con el parqueadero de donde se afirma fue sustraído el referido automotor".

4. Trabada así la relación jurídico-procesal, con adducción de pruebas pedidas por ambas partes se surtió la primera instancia, a la que el

juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 23 de marzo de 1983, mediante la cual decidió el litigio así:

a) Desechó las excepciones propuestas;

b) Declaró que el demandado, en su calidad de propietario del aparcadero "Auto Décima", es civilmente responsable de la pérdida del automotor marca "Ranger", modelo 1978, tipo F-100, determinado en la demanda;

c) En consecuencia condenó al demandado a pagar al demandante la suma de $ 900.000.00, "como valor real del vehículo perdido";

d) Lo condenó, igualmente, a indemnizarlo de los perjuicios "materiales y morales sufridos", cuyo monto dispuso liquidar por el procedimiento indicado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil; y

e) Impuso al vencido las costas causadas en esa instancia.

5. Inconforme con las resultas del pleito en dicho grado de jurisdicción, el desfavorecido interpuso, contra el fallo del *a quo*, el recurso de apelación, que, concedido, llevó el proceso al conocimiento del Tribunal Superior de Bogotá, el cual, luego de rituada la instancia, profirió su sentencia de 12 de septiembre del año último pasado, confirmatoria de la apelada, salvo en la condenación por lucro cesante, que el *ad quem*, con apoyo en dictamen, modificó para determinar en la suma de $ 2.175.000.00.

Impuso al demandado apelante, además, las costas procesales de la segunda instancia.

II. Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Después de relacionar los antecedentes del litigio y el trámite dispensado al proceso, entra el Tribunal a analizar los presupuestos procesales, los que encuentra en su totalidad conformes a derecho.

2. Continúa analizando la pretensión del demandante, con relación al artículo 2236 del Código Civil, para concluir que "el depósito es un contrato real, que como tal se perfecciona con la entrega del objeto, pudiendo tener el depositario la calidad de dueño, usuario, arrendatario, etc. Son rasgos característicos, la obligación de guarda, asumida libre y voluntariamente por quien recibe la cosa, y su restitución al depositario". Y añade que "su existencia puede acreditarse libremente" por lo cual, la fotocopia autenticada aportada, obrante a folio 2 del cuaderno principal, "acredita que el vehículo, a que se refiere el libelo de demanda, fue entregado al 'parqueadero Auto Décima', de propiedad del demandado, señor Angel Arturo Echeverry Holguín, según lo confesó éste...".

Examinados los testimonios de Darío de Jesús Escobar Gil y César Antonio Escobar Olier, conjuntamente con el oficio 13654, de julio 31 de 1981, que acredita que el demandado explotaba como propietario el parqueadero, escenario de los hechos, la Sala encuentra plenamente demostrado el contrato de depósito remunerado "por lo cual resultan aplicables

los artículos 2244 y 2247 del Código Civil, que hacen responsable al depositario hasta de la culpa leve".

3. Dice el *ad quem* que como no aparece demostrado que el demandado hubiera efectuado la restitución del vehículo, objeto de depósito, "está en la obligación de indemnizar al depositario" (sic), dado que tampoco obra prueba alguna "que induzca a la exoneración del demandado respecto a la responsabilidad de que dan cuenta las pretensiones de la demanda".

Por lo que hace al monto de la indemnización, la Sala "acoge el dictamen pericial rendido ante el *a quo*, porque considera que este experticio tiene el valor de plena prueba, en razón de su firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos y la competencia de los peritos, condiciones éstas que surgen de los mismos términos de la peritación".

4. Procede luego el Tribunal a analizar las excepciones propuestas, así:

a) Ilegitimidad de personería del demandante. Fundamentada en que el actor no acreditó la calidad de dueño del vehículo, no prospera "en razón de que las pruebas que obran en el proceso colocan al actor como poseedor... calidad que lo legitima suficientemente...".

Además, "el otro hecho alegado como fundamento de esta excepción, esto es, que no está demostrado que el actor fuera la persona que entregó el vehículo en el parqueadero... es cuestión que no enerva en modo alguno, las pretensiones del actor";

b) Inexistencia del Derecho Sustantivo en el demandante. "Consistente en la no culpabilidad del señor Arturo Echeverry en la pérdida del vehículo, por cuanto éste no le fue entregado al demandado ni a una persona dependiente de él", excepción que tampoco prospera, "por cuanto las pruebas que demuestran la existencia del contrato de depósito sirven para infirmar los hechos que sirven de soporte a este medio exceptivo";

c) Inexistencia de culpa en el demandado. Esta excepción tampoco puede prosperar, porque "está plenamente establecido en el proceso que el demandado explota, como propietario, el parqueadero 'Auto Décima', lugar donde el actor Jaime Gil Yepes dejó, en depósito, el vehículo de su propiedad, y de donde fue sustraído";

d) Carencia de acción. Consistente en la falta de relación de causalidad "entre el daño ocurrido y la culpa", tampoco prospera "porque la relación de causalidad entre la culpa del demandado, que es una realidad procesal, y el daño sufrido por el actor, que está comprobado también en el expediente, aparece de manifiesto...".

5. Finalmente, con relación a la condena en abstracto hecha por el *a quo*, que el Tribunal modifica para fijar en guarismo determinado, la Sala considera "que el experticio... demuestra a cabalidad el lucro cesante, porque fija las bases que determinan su cuantía, sin necesidad de acudir al procedimiento del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil".

III. El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia sintetizada interpuso casación el demandado, abogamiento que desarrolla en tres cargos, los dos primeros con apoyo en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y el tercero con fundamento en la cuarta, pero que desarrolla con fundamento en la primera.

Cargo primero.

1. Mediante éste se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 669, 762, 785, 2247 del Código Civil y 922, parágrafo del Código de Comercio, a consecuencia del error de hecho en que habría incurrido el Tribunal al apreciar las pruebas aportadas por el demandante.

2. En desenvolvimiento de esta censura el impugnador comienza por recordar que el demandante en el proceso, en la demanda por él instaurada, afirma ser el propietario del automotor perdido; transcribe las normas legales que estima quebrantadas con la sentencia que combate; y, además, trae citas de las motivaciones en que ésta se apoyó. Precisa, en este estado, que el *ad quem* colocó *al actor, como poseedor del vehículo* y legitimado por tanto "para ejercer las pretensiones consignadas en el libelo".

Dice, concretando el yerro de facto que denuncia, que éste se encuentra en ese discurso o razonamiento, puesto que los testimonios de Escobar Gil y Escobar Olier, en que se basó el Tribunal para pergeñarlo, no demuestran que el demandante "hubiese tenido posesión material sobre el automotor..., puesto que no afirman cuáles han sido esos hechos demostrativos de posesión que haya ejercido el señor Gil sobre el vehículo"; que "tampoco se trasluce tal fenómeno jurídico (alude a la posesión) de los otros documentos aportados con la demanda, pues en uno de éstos se informa sobre la nacionalización del vehículo cuyas características se asemejan al que lleva o porta las placas números AL-0000".

3. Dice el casacionista, avanzando en el desarrollo de este cargo, que conforme al artículo 922 del Código de Comercio, para la tradición del dominio de automotores "se *requiere la inscripción del título* ante el funcionario correspondiente..."; y que, en consecuencia, si Gil Yepes "no tiene legalmente la tradición del dominio del citado automotor, inscrita en las oficinas de Tránsito y Transportes... *no ha podido adquirir la posesión material de ese bien mueble*, ni siquiera por ese medio...".

Añade la censura que el demandado, contrariamente, demostró con inspecciones judiciales que el vehículo automotor a cuya pérdida se contrae este proceso, desde octubre de 1979 figuraba en las Oficinas de Tránsito y Transportes como de propiedad de José J. Martínez, y que a nombre de éste se encontraba allí matriculado.

SE CONSIDERA

1ª *El Código Civil Colombiano regula el contrato de depósito, que es aquel por el cual una persona confía una cosa corporal a otra que "se encarga de guardarla y de restituirla en especie" (Arts. 2236 y 2240). Es pues real, puesto que es la guarda de la cosa el móvil que induce a las partes a su celebración y por tanto, para que se perfeccione, requiere la entrega de la cosa, hecho que se cumple "de cualquier modo que transfiera la tenencia al depositario" (Arts. 2237 y 2238); y es unilateral, como que su perfeccionamiento sólo es origen de obligaciones para el depositario, salvo el caso previsto en el artículo 2259 ibidem. A pesar de que es real, el depósito voluntario, como contrato que es, requiere del mutuo consentimiento de las partes, porque las obligaciones de depositario no podrían pesar sobre una persona en cuyo inmueble se hubiere colocado una cosa sin saberlo ella, o contra su voluntad.*

No obstante que el artículo 2244 del Código Civil establece que "el depósito propiamente dicho es gratuito", la gratuidad no es ciertamente elemento de su esencia, y el que sea remunerado no trasloca la naturaleza de esta convención en nada distinto de la responsabilidad, desde luego que el artículo 2247 la extiende hasta la culpa leve para el depositario cuando "se le conceda remuneración".

2ª *Por cuanto, como está dicho, en el contrato de depósito el móvil determinante de las partes radica en la guarda de la cosa depositada, de tal convención surgen para el depositario dos obligaciones fundamentales: la guarda y la restitución (Arts. 2236, 2240, 2248 2251, 2252 y 2253 ib.). La diligencia del obligado a la custodia y restitución de la cosa varía según que el depósito sea gratuito o remunerado: en el primer caso, será la misma que pone en el cuidado de sus cosas propias; y en el segundo, la correspondiente al tipo abstracto de un buen padre de familia, como también cuando tiene interés en el depósito, o se le permite usar la cosa, o se ha ofrecido espontáneamente, o si ha pretendido que se le prefiera a otra persona para el contrato. Esto no obstante, los contratantes pueden estipular que el depositario responda de toda especie de culpa (Arts. 2244 y 2247).*

3ª *Son sujetos del contrato de depósito el depositante y el depositario. El error acerca de la identidad personal del uno o del otro, no invalida el contrato; sin embargo, y según lo ordena el artículo 2241, cuando el depositario ha padecido tal yerro, "podrá restituir inmediatamente el depósito...".*

La costumbre enseña que en el contrato de depósito remunerado, y concretamente el que se refiere al que tiene por finalidad el parqueo de vehículos, el desaparecer la gratuidad, en tal relación se esfuma también la consideración de la identidad de las partes. No es pues de aquellos que se celebran intuitu personae, *sino* intuitu pecuniae, *factor éste fundamental en casos como el presente, en que se trata de definir los sujetos de la relación procesal, en la cual se controvierten las obligaciones surgidas de tal convención.*

Se trata, en tales casos, de controvertir el alcance de las obligaciones surgidas de esa específica relación material que vincula al depositante con el depositario; no de otra que una a éste o a aquél con persona diferente, sencillamente porque es aquélla y no ésta la relación o acto jurídico que constituye el objeto específico del litigio. Es bueno recordar que aun en los países en donde, como Francia, hay norma positiva que indica que el depósito voluntario no puede hacerse regularmente sino por el propietario de la cosa depositada, tal precepto no se ha tomado en su jurisprudencia al pie de la letra: se dice que solamente significa que el depósito no obliga al propietario más que si lo ha efectuado por sí mismo o si lo ha consentido; pero que un depósito hecho por un tenedor es válido en las relaciones entre el tenedor que efectúa el depósito y el depositario.

4ª Si, como ya se ha escrito, las obligaciones fundamentales del depositario son la guarda y la restitución de la cosa, corresponde exigir el cumplimiento de ellas al titular del derecho correlativo, que es el depositante, independientemente de la calidad que éste tenga con relación a la cosa depositada, ni si la titularidad dimana de acto propio, o de acto de su dependiente, o de una estipulación para otro.

Ni siquiera la incapacidad del depositante, que obviamente es causa de anulación del contrato, es óbice para que el depositario contraiga las obligaciones que le competen (Art. 2243). Y si no puede el depositario pedir la invalidación del contrato por incapacidad del depositante, mal puede excusarse para incumplir sus obligaciones, o para evitar la indemnización de los daños provenientes de su incumplimiento, alegando asuntos relativos al título que sobre la cosa ostente su acreedor.

No siendo el depósito acto dispositivo que transfiera el dominio del bien o que lo grave, pues de lo que se trata es de su protección, bien puede versar sobre cosa ajena o sobre aquellos que se tengan con el título más precario que provee nuestro ordenamiento positivo. Siendo pues claro que mediante el contrato de depósito sólo se transfiere la tenencia (Arts. 2238, 775 y 786 C. C.), a voluntad del depositante, y que ésta no es nada distinto a la detentación material de la cosa, calidad que evidentemente tiene el depositante, como que la entrega materialmente para que se perfeccione el contrato, nada debe debatirse respecto a la propiedad o a la posesión del bien.

Resulta palmar afirmar que sólo el tenedor de una cosa puede hacer el depósito de ella y que tal calidad queda probada por el solo hecho de la perfección del contrato. Y por lo mismo, también resulta evidente que nada diferente de la mera tenencia restituye el depositario. El titular del dominio o de la posesión, desprovisto de la tenencia material, no puede celebrar el contrato de depósito, como que no está en capacidad de entregar realmente el bien; tampoco puede pretender la restitución de la cosa depositada sin el consentimiento del depositante o sin decreto de juez (Art. 2208, aquí aplicable por referencia del artículo 2257 C. C.). (Excepción Art. 2238).

5ª En punto a la obligación de restitución del depositario, establece el artículo 2257 que lo regulado al respecto en el contrato de comodato o préstamo de uso se aplique en el depósito, o sea, los artículos 2205 a 2210

ibidem. *De tal preceptiva se infiere que la restitución se ha de hacer al depositante, o a quien compete recibirla a su nombre (2206); que el depositario no tiene derecho para suspender la restitución alegando que la cosa no pertenece al depositante, "salvo que haya sido perdida, hurtada o robada a su dueño, o que se embargue judicialmente en manos del comodatario" (2208), eventos en los cuales el depositario avisará al dueño para que haga valer sus derechos, so pena de hacerse responsable de los perjuicios.*

Ha querido el legislador darle grande importancia a la obligación de restitución que tiene el depositario frente al depositante, que la regula ampliamente, todo en aras de la confianza que inspira el depósito; por ello la establece "a voluntad del depositante" (Art. 2251); y que el depositario no puede retener la cosa, a título de compensación, salvo cuando el depositante le deba expensas necesarias para su conservación, o los perjuicios que se le hayan causado (Art. 2258 y 2259).

6º *Si este es el predicado que según la normación positiva se infiere en torno a la obligación principal de restituir, dístico semejante, por fuerza de la lógica, tiene que formularse en cuanto a la pretensión indemnizatoria de perjuicios que se deriva justa y precisamente del incumplimiento de ese específico deber.*

Probada la tenencia, que lo está por el perfeccionamiento del contrato, el deudor debe indemnizar al tenedor depositante, quien en caso de no ser poseedor o propietario de la cosa deberá a su vez indemnizar a quien sí lo sea, como consecuencia de no poder restablecerle su respectiva tenencia.

7ª El error de apreciación probatoria, ora el de hecho o ya el de derecho, sólo tiene virtualidad para combatir con éxito una sentencia en casación cuando ha sido la determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a derecho. Es preciso, pues, que el yerro influya de manera directa en lo dispositivo de la sentencia, o que haya una relación causal entre éste y aquello, pues de no serlo resultaría inocuo y por lo mismo ningún fin práctico perseguiría el recurrente al denunciarlo, ni efecto trascendente alguno produciría su reconocimiento en casación.

Si, pues, el titular de la acción indemnizatoria de perjuicios por pérdida de la cosa depositada lo es el depositante, independientemente del título de propietario o poseedor que de ese bien tenga, el presunto yerro de apreciación de la prueba que condujo al Tribunal para calificar al demandante como poseedor de la cosa, en caso de existir, resultaría intrascendente, pues a pesar de él habría que llegar a la misma conclusión a que llegaron los juzgadores de instancia, pues está demostrada la calidad de depositante, que es la que legitima al demandante en este caso.

Se rechaza esta censura.

Cargo segundo.

1. En éste se acusa la sentencia del Tribunal de haber infringido, también por inaplicación, los artículos 669, 762 del Código Civil y el parágrafo del artículo 922 del Código de Comercio, como consecuencia de

"error de derecho", "por *falta de apreciación* de las pruebas de la parte demandada".

2. En fundamentación del cargo el casacionista recuerda que el demandado solicitó y se practicaron, como pruebas, un interrogatorio del demandante y dos inspecciones judiciales en las oficinas de Tránsito y Transportes y en la Dirección General de Aduanas, las que demuestran que por la época de la pérdida del automotor referido este pertenecía y estaba matriculado a nombre de José J. Martínez. Y dice, explanando el yerro de derecho que le endilga a la sentencia, que "estos medios de prueba no fueron analizados ni estimados en ninguna forma por el honorable Tribunal...".

Concluyendo su discurso en el punto, dice el impugnador que "con este silencio guardado por el honorable Tribunal al no *analizar ni apreciar* las pruebas aportadas oportunamente por la parte demandada surge el fenómeno jurídico de la preterición violando los artículos 174 y 187 del Código de Procedimiento Civil por *error de derecho*".

Tercer cargo.

1. Acusa la sentencia "con fundamento en la causal cuarta del artículo 368, por haber dicha sentencia violado en forma indirecta los artículos 1614 y 2342 del Código Civil, por indebida aplicación, por el camino de haber apreciado la prueba pericial con manifiesto error de hecho".

2. Procede a continuación a explicar el cargo, con los argumentos que en su parte sustancial se resumen, así:

a) El juzgado *a quo* condenó en abstracto al demandado a indemnizar los daños materiales y morales sufridos por el autor;

b) El Tribunal Superior de Bogotá, "por lo que toca al monto de la indemnización", dice en la parte motiva de su acto, hoy impugnado, que "acoge el dictamen pericial rendido ante el *a quo*, porque considera que este experticio tiene valor de plena prueba";

c) A lo largo del proceso, son voces del recurso, "la parte actora no ha demostrado en forma alguna ninguna clase de perjuicios sufridos por la pérdida del vehículo que afirma ser de su propiedad, pues ni siquiera los testigos por ella llevados hablan a qué actividad estaba destinado el automotor, como tampoco las actividades del propietario demandante";

d) Acusa el memorialista al experticio, porque "los señores peritos sin ningún fundamento,... sólo por tomar las afirmaciones del demandante... llegan a su arbitrio a considerar que si dicho vehículo trabajaba 25 días por mes, produciría utilidades diarias, durante el primer año, de $ 2.000.00, para el segundo año, el de (sic) $ 2.500.00 y para el tercero y último año, el de (sic) $ 3.000.00 diarios". Y, añade, que los peritos cambiaron la destinación del vehículo a otra no alegada ni probada en el proceso.

3. Explica el libelista que al acoger el Tribunal el dictamen de los peritos, "totalmente infundado, sin base probatoria alguna,... está haciendo más gravosa la situación de la parte apelante...".

Afirma, en conclusión del cargo, que "en el supuesto... que el demandado hubiese causado al demandante algún daño y que fuere el llamado emergente, el lucro cesante podría estar representado por los intereses legales de la cantidad que se fijare a aquél, conforme lo ha sostenido la Corte".

SE CONSIDERA

1ª Por presentar defectos técnicos que son comunes en su formulación, la Corte procede a analizar y despachar en conjunto los cargos segundo y tercero, dirigidos contra la sentencia del Tribunal.

2ª Por cuanto la causal primera de casación se ha referido siempre al quebranto de leyes sustanciales, o sea de aquellas que, en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación, la demanda respectiva debe indicar cuáles son los preceptos legales de esa estirpe que la sentencia ha quebrantado. Si tal no ocurre, la censura así formulada es inidónea y no puede prosperar.

Y se ha dicho por la jurisprudencia que "cuando la sentencia del Tribunal *ad quem* decide sobre una situación dependiente, no de una sola norma sino de varias que se combinan entre sí, la censura en casación, para ser cabal, tiene que investir la forma de lo que la técnica llama proposición jurídica completa. Lo cual se traduce en que si el recurrente no plantea tal proposición, señalando como vulnerados todos los textos que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano" (*G. J.*, t. CLI, Pág. 254).

Analizados los dos últimos cargos que el casacionista le formula a la sentencia que combate, claramente se ve que en ellos no cumplió el libelista con tal deber de la técnica de la casación, pues en ninguno de ellos acusa como infringidos los textos legales que imponen al demandado, como depositario, la obligación de restituir la cosa depositada; o la de indemnización por incumplimiento de ella. Ambos cargos resultan pues incompletos y por lo mismo ineficaces.

3ª Pero no es el anterior el único defecto que en el plano de la técnica cabe resaltarle a los cargos que se estudian; ofrecen en su postulación y desarrollo muchos más. En efecto.

En el primero de estos dos ataques el recurrente, en un híbridismo que repugna a la lógica, denuncia "error de derecho" que hace derivar de *falta de apreciación* y análisis de algunas pruebas, olvidándose que es contrario a la lógica denunciar un error de derecho y en su sustentación hacerlo consistir en aspectos que son propios del yerro de hecho, desde luego que aquél supone que la prueba sí se analizó, al paso que éste, el de hecho, se estructura en la hipótesis contraria.

Si, como lo alega el casacionista, el Tribunal no analizó ni apreció en su sentencia, "en ninguna forma", las pruebas aportadas por el demandado, esa presunta falencia implicaría un error de hecho y no uno de derecho.

4ª A más de lo anterior, ese cargo (2º de la demanda), se limita a denunciar error de apreciación en las pruebas allegadas por el demandado, pero omite toda impugnación en relación con las pruebas del demandante, que fueron precisamente las que le sirvieron al *ad quem* para dictar su sentencia condenatoria.

Ha dicho en efecto la Corte que "no es procedimiento correcto en este recurso extraordinario el ataque aislado de los medios de prueba, porque aun en el evento de hacerlo victoriosamente, subsistirían las razones que en torno a los demás expuso el sentenciador, y que por ser suficientes para fundar la decisión impugnada hacen inevitablemente impróspera la acusación" (*G. J.*, t. CXLII, 146).

5ª Luego de leer la postulación y el desarrollo del cargo tercero de la demanda, lo que nítida y coruscantemente aparece de manifiesto es el hibridismo inaceptable que el recurrente hace al entremezclar dos causales para fundar en ellas un solo cargo: la primera y la cuarta. Apoyado como viene tal cargo en la causal cuarta de casación, al leer la sustentación que de él hace el impugnante aparece la falta de correspondencia entre ésta y aquélla; porque tomando como base para la censura una causal consagrada para corregir un vicio determinado y específico, la reformación en perjuicio, el ataque se desarrolla acusando error de hecho determinante de un error *in judicando*, consistente en la indebida aplicación de los artículos 1614 y 2342 del Código Civil.

Esta tan extraña manera de impugnar la sentencia choca bruscamente con el elemental postulado de la técnica del recurso de casación, conforme al cual se atribuye autonomía e individualidad propia a cada una de las causales de este recurso extraordinario, cuyo desconocimiento al formular la respectiva demanda es razón suficiente para desechar el cargo así propuesto.

Se rechazan también estos dos cargos.

IV. Decisión

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia de 12 de septiembre de 1984, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario.

Costas del recurso extraordinario a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Bulero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

LITIS CONSORCIO NECESARIO

Noción e integración.

VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL

Autonomía de los juzgadores de instancia para apreciar la prueba testimonial. Error de hecho, ataque aislado de los medios de prueba.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

Bogotá, D. E., 2 de septiembre de 1985.

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 11 de mayo de 1984, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el proceso ordinario adelantado por Germán Cortés Tocarema contra Baudelino Capera Méndez.

ANTECEDENTES

I. Ante el Juzgado Civil del Circuito de Purificación, solicitó el demandante Cortés Tocarema que con audiencia del demandado Capera Méndez, se declarase que el primero no es hijo legítimo del segundo.

II. Como presupuestos de hecho de su pretensión, el demandante expresa que Baudelino Capera Méndez y Elvira Tocarema Merchán contrajeron matrimonio el 7 de agosto de 1948, y convivieron en el Municipio de Natagaima hasta 1957, año éste en que la citada Elvira "abandonó definitivamente el hogar y se trasladó a la finca 'La Concepción', ubicada en el paraje de Anchique..., como trabajadora de José Napoleón Cortés Jiménez"; que en el año de 1958 Elvira Tocarema se desplazó de la mencionada finca a la casa de habitación de José Napoleón Cortés, situada en el área urbana de Natagaima y allí comenzaron "a tener relaciones sexuales, viviendo bajo el mismo techo, como marido y mujer, en virtud

de lo cual ésta concibió y dio a luz un hijo de ambos, de nombre Gustavo Tocarema, nacido en Natagaima el día 15 de junio de 1960, ya fallecido"; que por acuerdo entre José Napoleón y Elvira, ésta se trasladó en el año de 1962 a la ciudad de Girardot y se alojó en el Hotel Puratena, por cuenta de aquél; que allí, Elvira y José Napoleón continuaron haciendo vida marital, "habiendo concebido y dado a luz aquélla, el 8 de diciembre de 1962 a Germán Cortés Tocarema; que los concubinos continuaron sus relaciones en Girardot hasta el 7 de agosto de 1979, fecha en que falleció Elvira; que José Napoleón reconoció a Germán como su hijo natural; que desde el año de 1957, los cónyuges Elvira Tocarema y Baudelino Capera Méndez "no volvieron a tener relaciones sexuales" y por ello Gustavo y Germán Cortés Tocarema no son hijos de Baudelino, pues "nacieron mucho tiempo después del décimo mes siguiente a la fecha en que dicha señora, de hecho, se separó de su legítimo esposo, abandonando definitivamente el hogar conyugal".

III. En oportunidad el demandado respondió oponiéndose a las súplicas de la demanda, observando que no es cierto que los cónyuges hubiesen dejado de convivir y que, por demás, se omitió citar al proceso a los herederos, concretamente a Alicia, hija de la causante Elvira.

IV. Impulsado el litigio, la primera instancia terminó con sentencia de 17 de octubre de 1983, la que resultó ser favorable al demandante, lo que dio origen a que el demandado interpusiera contra ella el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado de jurisdicción con fallo de 11 de mayo de 1984, confirmatorio del proferido por el *a quo*.

La sentencia impugnada

Encontrando el Tribunal establecidos los presupuestos procesales y una vez que resume los hechos narrados por los declarantes Urbano Useche Yaguará, Emilia Apache de Merchán, María de Jesús Jiménez de López, Ofelia Ortiz de Useche, infiere que con esta prueba testimonial y con otra de carácter documental, se tiene "que Elvira Tocarema convivió con su esposo apenas nueve (9) años, desde la fecha de su casamiento, o sea (7 de agosto de 1948) hasta el año de 1957; que éstos se separaron y no volvieron a convivir; que ésta sostuvo relaciones sexuales extramatrimoniales con el señor José Napoleón Cortés Jiménez y fruto de ellas fue el demandante señor Germán Cortés Tocarema, quien nació mucho tiempo después de transcurrido el décimo mes siguiente al día en que ocurrió el hecho, según se desprende del registro civil de nacimiento (8 de diciembre de 1962)".

En seguida el *ad quem* expresa:

"Ahora bien, el demandado señor Baudelino Capera Méndez se opone a las pretensiones de la demanda, expresando que en su matrimonio con la señora Elvira Tocarema, madre del demandante nunca hubo una separación definitiva y que éste es hijo legítimo suyo. Esta afirmación quedó desvirtuada no solamente con la prueba que se acaba de analizar, sino con lo que éste mismo expresa al absolver el interrogatorio de parte a que fue

sometido en este proceso, pues en primer lugar da a entender que sí hubo separación definitiva, pero no expresa hasta qué año vivió con Elvira Tocarema (pregunta dos) y aunque afirma que ésta lo visitaba y tenían acceso carnal con ella, no da razón en qué época sucedieron éstas; no se acuerda la fecha en que nació Germán (el demandante) y a la pregunta que le hizo la Juez del conocimiento acerca de que si recordaba la fecha en que nacieron los hijos de Elvira Tocarema contestó 'ya no me acuerdo de ninguno de ellos'.

"De otro lado, no allegó ninguna prueba al proceso de la cual se pudiera inferir que su esposa, como él lo afirma, lo visitara esporádicamente, ni el que hubiera estado atento al nacimiento del demandante o lo hubiera tratado como hijo suyo".

Culmina expresando el Tribunal que los testimonios rendidos por María Stella Arias de Cortés, esposa de Napoleón, y Pablo Antonio Herrán, en nada compromete la prueba primeramente analizada.

La impugnación

Dentro del marco de la causal primera de casación, tres cargos formuló el recurrente contra la sentencia del Tribunal.

Cargo primero. Denuncia quebranto directo de los artículos 83 del Código de Procedimiento Civil, 3 de la Ley 75 de 1968, 60 del Decreto 1260 de 1970, 92, 213 y 214 del Código Civil, por falta de aplicación.

En el desarrollo del cargo expresa el casacionista que el Tribunal dictó sentencia de fondo estimatoria de la pretensión, desentendiéndose de que no estaba integrado el contradictorio con los herederos de la causante Elvira Tocarema, quebrantando en esa forma los preceptos señalados en la censura.

Para respaldar su aserto, el casacionista se apoya en doctrina de la Corte, de la cual hace énfasis que no puede "pretenderse sin grave quebranto del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, que se decida un litigio sin que esté integrado el contradictorio y que pueda desatarse un asunto en que, no sólo por su naturaleza sino también por disposición legal expresa, deban estar presentes en el proceso todos los sujetos de la relación sustancial debatida. Como la legitimidad presunta del hijo concebido durante el matrimonio por mujer casada, impone al marido la presunción de ser el padre legítimo, esa es relación sustancial que, según lo manda el inciso 2º del numeral 3º del artículo 3º de la Ley 75 de 1968, cuando el hijo reclama contra ella, no puede resolverse sino con la citación de la madre y del presunto padre, o en ese caso con citación de sus herederos".

Para el recurrente ha debido de pronunciarse una sentencia desestimativa porque la demanda ha debido dirigirse contra todas las personas sujetas a determinada relación, que en el caso *sub lite* lo impone el artículo 3º, de la Ley 75 de 1968 y 83 del Código de Procedimiento Civil, "cuya no observancia por el *ad quem*, al dictar un fallo de fondo, favorable al

demandante, implicó su violación, por falta de aplicación, siendo del caso haberlos aplicado, para en lugar de proferir sentencia estimatoria, hacerlo denegando la pretensión por falta de legitimación en la causa, por pasiva, por no haber demandado a la heredera e hija de Elvira Tocarema de Capera, Alicia Tocarema, cuya existencia aparece comprobada en el proceso por aceptación de la parte actora y de la parte demandada".

El censor luego señala los artículos 213, 214 y 92 del Código Civil, que a su juicio tampoco fueron aplicados por el sentenciador de segundo grado, por cuanto faltaba legitimación en la causa, que sólo se lograba con la integración plena del contradictorio; o sea, que la condición de hijo legítimo del actor frente al demandado debe mantenerse por haber ocurrido dentro de las circunstancias anotadas en esos preceptos. Para rematar: al acoger las pretensiones del demandante también se quebrantó directamente, "por haberle dado aplicación sin venir al caso", el artículo 60 del Decreto 1260 de 1970.

Se considera

1. *Existen algunas relaciones jurídicas sustanciales sobre las cuales no se puede decidir o sentenciar de fondo si al debate litigioso no concurren todos aquellos interesados en dicha relación. Esto es lo que la jurisprudencia denomina* litis consorcio *necesario y que se da "cuando la relación de derecho sustancial, sobre la cual ha de pronunciarse el juez, está integrada por una pluralidad de sujetos, bien sea activos o pasivos, en forma tal que no es susceptible de escindirse en tantas relaciones aisladas como sujetos activos o pasivos individualmente existan, sino que se presenta como una sola, única e indivisible frente al conjunto de tales sujetos" (Cas. Civ. de 4 de julio de 1970, G. J.).*

2. *Lo que originalmente constituyó una construcción doctrinal, a la postre la figura del* litis consorcio *necesario quedó establecida en la legislación procedimental, al preceptuar el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil que "cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todos o dirigirse contra todos".*

3. *Con todo, como puede acontecer que el libelista al estructurar la demanda lo haya hecho desconociéndose de formularla por todos los* litis consortes *o contra todos, el juez deberá integrar el contradictorio, bien al admitir la demanda, ora posteriormente, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, pues en el punto establece el precepto antes mencionado que "el juez en el auto que admite la demanda ordenará la citación de quienes falten para integrar el contradictorio, la que se hará en la forma y con el término de comparecencia dispuesto para el demandado. Cuando por cualquier causa no se haya ordenado tal citación al admitirse la demanda, el juez la decretará posteriormente, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan".*

4. *Aún más, como en el* litis consorcio *necesario existe, para que legalmente pueda producirse un fallo de mérito, la necesidad ineludible de que intervengan en el litigio todas las personas que están vinculadas a la relación jurídica material, no se ofrece, entonces, obstáculo para que el* litis consorte *necesario, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, se presente espontánea o voluntariamente al litigio, o sea, sin que el juzgador lo ordene de oficio o mediante querella de parte. Esto aparece como obvio, si se tiene en cuenta que la legislación procedimental vigente está inspirada en lograr ultimar la instancia con sentencia de mérito y en manera alguna con una decisión formal o inhibitoria.*

5. *El artículo 3º de la Ley 75 de 1968, que a su vez reformó el 3º de la Ley 45 de 1936, establece que el hijo podrá reclamar en cualquier tiempo contra su legitimidad presunta, cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal, para imponer una regla de impugnación frente a la presunción con que está asistido el nacimiento de un hijo nacido en mujer casada.* Y, precisamente, este precepto fue el que aplicó el Tribunal cuando confirmó la sentencia del *a quo* acogiendo las súplicas de la demanda. Es decir, el hijo de mujer casada provocó la decisión judicial para que se declarara que no lo es del marido y el juzgador encontró acreditados todos los supuestos para hacer un pronunciamiento favorable a esa pretensión, con el respaldo, como es obvio, del material probatorio aportado al proceso.

6. *La impugnación de la legitimación, pues, con apoyo en el citado precepto, se amplía frente a la regulación inicial del Código Civil recogida en el artículo 216, que dispone que sólo el marido mientras viva puede reclamar contra la legitimidad del hijo.*

7. *Empero, el mismo artículo 3º a continuación consagra unas reglas para fijar, por una parte la autoridad judicial competente para conocer de la acción respectiva cuando el demandante fuere un menor de dieciséis años que lo será el juez de menores, en el evento de promoverse en vida del padre, y en los demás casos el juez civil competente y, por la otra, para indicar quién o quiénes deben comparecer al respectivo proceso "con audiencia del marido y de la madre o de sus herederos si ya hubieren muerto ellos". Vale decir, un solo artículo regula situaciones particulares que mantienen una independencia en su construcción.*

8. *En el caso que se examina, el recurrente se queja de que el sentenciador* ad quem *no tuvo en cuenta el artículo 3º que exige, como ya se dijo, la intervención en el proceso de impugnación tanto del padre como de la madre o los herederos según el caso, es decir, que no lo aplicó por consiguiente lo llevó a su violación en desmedro de los derechos del demandado. Sin embargo, el censor en ningún momento hace alusión a la aplicación que hizo el Tribunal del citado precepto en la parte que consagra que el hijo puede reclamar en cualquier tiempo contra su legitimidad presunta cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar, que sirvió para la prosperidad de la pretensión del demandante. Es decir, no se formuló reparo alguno a las consideraciones del Tribunal en este*

punto, y que, como es obvio, resultó trascendental en las conclusiones, de suerte que la inconformidad con el fallo indiscutiblemente debía extenderse a este aspecto normativo para combatirlo, por la vía y concepto escogidos por la ley. No podía, por tanto, el recurrente prescindir de atacar las consideraciones y conclusiones del juzgador de segundo grado, en todos los aspectos de la decisión por la variada regulación que recoge el precepto en cuanto aplicó la norma que ha sido acusada por falta de aplicación, sin distinción alguna.

9. *Se resiente, pues, el cargo por incompleto en el sentido dicho: se acusó el artículo 3º de la Ley 75 de 1968, inciso 4, por falta de aplicación, cuando en verdad fue aplicado en la parte que permite al hijo reclamar contra su legitimidad presunta. Y como adolece de ese defecto de técnica se tiene que concluir que está llamado al fracaso.*

No prospera el cargo.

Segundo cargo. Al amparo de la causal primera del artículo 368 se acusa la sentencia "como violatoria por la vía indirecta, a motivo de los errores en la apreciación de las pruebas" de los artículos 83 del Código de Procedimiento Civil, 13 de la Ley 92 de 1938 y 42 del Decreto 1003 de 1939, 92, 213, 214 "por su no aplicación" y los artículos 3º, numeral 3º de la Ley 75 de 1968 y 60 del Decreto 1260 de 1970, por aplicación indebida.

Comienza el recurrente con decir que el Tribunal "encontró satisfecha la legitimación en causa, por pasiva, y que se había demandado a quien se debía demandar; pero resulta que no aparece incluida como demandada en este proceso la hija y heredera de su madre fallecida, esto es, Alicia Tocarema, a quien también debió demandar para conformar el contradictorio de acuerdo al artículo 3º numeral 3º de la Ley 75 de 1968, en otros términos, el Tribunal sentenciador cometiendo grave yerro de hecho que aparece de bulto en los autos, tuvo como demostrado lo que no lo está".

En procura de mostrar los errores de hecho el recurrente consigna apartes de las declaraciones de los testigos Ofelia Ortiz de Uscche, Antonio Salazar Flórez, Emilia Apache de Merchán, María Jesús Jiménez de López y del mismo demandado, que no tuvo en cuenta el Tribunal "o se le pasó por alto" y que lo llevó a concluir "que el contradictorio estaba integrado y así aparece del proceso suficiente legitimación en causa". Y como todos los deponentes hacen mención a que Elvira Tocarema tuvo una hija llamada Alicia, era pertinente la comparecencia de ésta, a falta de la madre, en el proceso.

En desarrollo de la censura se acuce que no está probado "la fecha de nacimiento del demandante y el día en que ocurrió el abandono definitivo del hogar, o dar por demostrado estos dos hechos, no estándole".

Para el recurrente la partida de registro civil de nacimiento traída al proceso no puede ser tenida en cuenta objetivamente como tal que sirve para acreditar el parto. Apenas "dice que el 26 de mayo de 1969 se registró el nacimiento de Germán Tocarema, nacido el 8 de diciembre de 1962.

Da cuenta de un hecho ocurrido siete años antes, sin la comprobación respectiva de que ese hecho antiguo verdaderamente aconteció". Tampoco los testigos, para el recurrente, permiten establecer "el día que se produjo el abandono definitivo de los cónyuges". Hace transcripciones de apartes de las declaraciones de Dagoberto García, José Antonio Salazar Flórez, Urbano Usche Yaguará, Emilia Apache de Merchán, Ofelia Ortiz de Usche, María de Jesús Jiménez de López, María Stella Arias de Cortés, Pablo Antonio Eraso Lozano, para advertir que con ninguno de ellos se puede demostrar ni el hecho del nacimiento del demandante ni el abandono alegado, pues estos testimonios están muy lejos de acreditar un abandono definitivo, en los términos exigidos por el numeral 3º del artículo 3º de la Ley 75 de 1968; porque ellos objetivamente considerados o apreciados, no muestran que Germán Capera Tocarema ha nacido después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal".

Señala, por último, como error "en no tener como probado dentro del proceso, lo que sí se halla perfectamente demostrado. Que el matrimonio Capera Tocarema persistió sin abandono del hogar y haciendo vida marital los cónyuges hasta seis años antes de morir la mujer, esto es, hasta 1973, porque ella murió en 1979, según su partida de defunción, lo cual lo declara Bandelino Capera en el interrogatorio de parte que de él solicitó su hijo o demandante".

SE CONSIDERA

1. Como quedó reseñado, *se acusa el artículo 3º numeral 3º de la Ley 75 de 1968 por aplicación indebida. Y esto merece una previa observación: si el Tribunal convino en que el demandante podía reclamar en cualquier tiempo contra su legitimidad presunta en la circunstancia de tiempo allí prevista, es porque aplicó el precepto. Entonces, el reclamo del recurrente resulta acoplado a la técnica de casación si pretende mostrar su inconformidad o reparo por la acogida hecha por el sentenciador del precepto acusado. Sin embargo, en la censura se plantea que en la sentencia se omitió considerar la falta de la integración en los términos señalados en el mismo artículo 3º de la Ley 75 de 1968. Y si el recurrente se queja de que no se tuvo en cuenta dicho precepto es porque no lo aplicó. Pues bien: el carácter extraordinario de la casación exige que se indiquen con precisión las infracciones de los textos legales que a juicio del recurrente fueron violados por el Tribunal y si entre ellos se cuenta el mencionado artículo 3º no era suficiente combatirlo por aplicación indebida en la parte primera, sino también por falta de aplicación de lo que no tuvo en cuenta el sentenciador, es decir, lo pertinente del precepto que exige la intervención de los herederos de la madre del demandante, cuando ésta haya fallecido.*

2. Lo anterior sería suficiente para rechazar el cargo. Empero, como el recurrente ataca otros aspectos de la decisión del Tribunal, particularmente el haber admitido, para aplicar el artículo 3º de la Ley 75 de 1968, que el nacimiento del demandante ocurrió después del término allí anotado

cuando no se daba la prueba sobre el particular, estima la Sala que merece, con todo, su estudio.

3. Para resolver sobre la prosperidad de la demanda, el Tribunal, en las declaraciones de Urbano Usseche Yaguará, Emilia Apache de Merchán, María de Jesús Jiménez de López y Ofelia Ortiz de Usseche, encontró acreditado que Elvira Tocarema, madre del demandante, convivió con su esposo, el demandado "apenas nueve (9) años, desde la fecha de su casamiento, o sea (7 de agosto de 1948) hasta el año de 1957, cuando éstos se separaron y no volvieron a convivir; que ésta sostuvo relaciones sexuales extramatrimoniales con el señor Napoleón Cortés Jiménez y fruto de ellas fue el demandante Germán Cortés Tocarema, quien nació mucho tiempo después de transcurrido el décimo mes siguiente al día al que ocurrió el hecho, según se desprende del registro civil de nacimiento (8 de diciembre de 1962, Fol. 4, cuaderno 1)".

4. La Sala estima conveniente transcribir los apartes de los testimonios que sirvieron de soporte probatorio para que el Tribunal llegara al convencimiento de que los hechos alegados eran ciertos y, por ende, suficientes para acoger las súplicas de la demanda.

a) Urbano Usseche Yaguará, de 60 años, agricultor, natural de Natagaima, expresa en su testimonio rendido el 7 de diciembre de 1982: "Sí yo conozco a Baudelino Capera... desde el año de 1935. A Elvira Tocarema la conocí como en el año 1944... y a Germán lo conocí desde hace aproximadamente un año..., ellos se casaron en el año 1948... Vivieron nueve años hasta 1957, ahí se separaron y no volvieron a vivir los dos... Ella se fue a trabajar a la Hacienda La Concepción... trabajó hasta el año 1962... Ella se fue para Girardot hasta cuando murió". Sobre el motivo por el que salió de La Concepción y se radicó en Girardot, el testigo explica que "el motivo, según comentarios la hizo salir la señora de don Napoleón, porque... se dio cuenta que era cliente de él y de ahí en adelante fue cuando se fue para Girardot". No se dio cuenta si se fue sola o en compañía de alguien; afirma que Elvira y Baudelino "no tuvieron familia", pero "ella tuvo dos hijos después de que quedó sola; el padre de los hijos sí no lo sé"; dice también que Elvira y Baudelino "no volvieron a vivir juntos, él permaneció en Natagaima" y al preguntársele la razón de la respuesta precedente responde: "Porque yo toda una vida lo he conocido y visto en Natagaima y él vive es con otra mujer" (Fols. 37 y 37 vuelto, cuaderno Nº 1);

b) Emilia Apache de Merchán, de 61 años, casada, residente en Anchique, vereda de Natagaima, se ocupa en trabajo material y doméstico y sobre el asunto dijo conocer a Baudelino Capera, Elvira Tocarema y Germán Cortés Tocarema: "Ellos fueron casados, Elvira con Baudelino, como nosotros éramos vecinos de ahí se casó, me parece que en el año de 1948, me parece que el día 7 de agosto. A Elvira la conocí como el papá era mayordomo de don Napoleón, yo lo conocí fue en la hacienda". Que del matrimonio de Elvira y Baudelino no hubo hijos, pero que "ella tuvo dos familias, el primero lo bautizaron Gustavo, duró 90 días vivo y a los 90 murió el niño. Don Napoleón Cortés me buscó a asistirla a ella del primer niño y de ahí, entonces, ella o digamos tuvieron (sic) viviendo juntos y ella era la que administraba la hacienda, entregaba herramienta

a los trabajadores, la tenía como mujer ahí sosteniéndola de un todo y después resultó enferma de Germán y entonces siguieron los líos con la señora Stella, que si no sacaba esa mujer de ahí la mataba y como ya ella estaba perjudicada de él la trasladó a Girardot" donde "tuvo a Germán a los seis meses, hicieron vida hasta el fin tanto de él como de ella". Expresa que Baudelino y Elvira "alcanzaron a vivir nueve años y luego se separaron para séculas ni él ni ella". Al preguntársele por el padre de Germán, responde: "Pues porque como con él teníamos confianza o sea con Napoleón, me decía, Emilia yo tengo un hijo, le hice dos hijos a Elvira, el uno se murió pero el otro quedó". Sobre si Baudelino en alguna ocasión haya dicho o reconocido a Germán como hijo suyo, dice la testigo: "Ni en sombras se parece". Y sobre el conocimiento que Baudelino tenía de la convivencia de Elvira con Napoleón, responde la declarante: "Sí, ellos los dos finados Napoleón y Elvira andaban juntos común y corriente" (Fols. 38 y 38 vto.);

c) María Jesús Jiménez de López, de 58 años, comerciante, de Natagaima, conoció a Elvira Tocaroma, Baudelino Capera y Germán Cortés; a Baudelino "porque fue el esposo de Elvira hasta el año de mil novecientos sesenta tal vez, duraron casados nueve años y luego se separaron y nunca volvieron a convivir, porque yo soy muy amiga de ella por la edad y porque yo vivía... para la salida de Anchique"; agrega que "de ese matrimonio no hubo hijos"; que Elvira "sí tuvo dos hijos fuera del matrimonio, el uno murió a los tres meses de nacido, se llamó Gustavo y el otro, Germán, pues ya ella lo tuvo en Girardot, porque tuvo que irse de la hacienda porque la señora Stella se puso muy brava y tuvo que irse para Girardot a tener el hijo allá, que yo sepa el padre de estos hijos era don Napoleón Cortés, porque Elvira me lo decía". Sobre el reconocimiento de los hijos de Elvira por parte de Napoleón Cortés, la declarante expone que sí, "porque el primero lo ayudó a enterrar y el segundo él lo reconoció dicho por Germán, esto en 1980 y después de muerta la madre de él, pues él es muy pobrecito y seguro le diría al papá si lo reconocía porque él es muy estudioso". Sobre Baudelino Capera y su trato con Germán, la declarante refiere que Baudelino "nunca le dio nada, ni una gaseosa"; que Baudelino y Elvira "desde que se separaron no volvieron a vivir, porque él tenía otros amores"; sobre el padre de Germán dice: "Lo sé por boca de la misma Elvira, pues éramos amigas y me compraba la mercancía allá y que el padre era don Napoleón Cortés", quien "tenía el hogar de la señora Stella" (Fols. 58 y 58 vuelta C. 1);

d) Ofelia Ortiz de Usche, de 56 años, de Natagaima, casada, se ocupa en oficios domésticos, conoció a Elvira Tocaroma, a Baudelino Capera y a Germán Cortés; sabe que Baudelino se casó con Elvira, pero que no tuvieron hijos "porque ella se apartó sola", "me parece que no alcanzaron a durar los diez años ellos los dos"; a Elvira "le conozco que tuvo a Alicia... la tenía cuando ella se casó, antes del matrimonio... y tuvo un niño... allá en la hacienda y murió en La Concepción y luego tuvo a Germán... ella me contaba que ese hijo lo iba a tener a Girardot... porque aquí no lo podía tener... la señora Stella se había dado cuenta que ya iba a tener ese otro hijo de él, de Napoleón Cortés". Sobre el sitio de residencia de Baudelino durante esta época la declarante expresa: "Pues él directamente acá en Natagaima, porque no se ha ido para nin-

guna otra parte, él ha vivido toda la vida acá en Natagaima"; sobre el padre de Germán dice: "Pues sé que es don Napoleón porque mi marido como trabajaba allá y yo mantenía yendo allá a la hacienda y por último, pues ya en la charla de él, yo lo charlaba y él me decía, sí, yo reconozco ese hijo porque sé que es hijo mío; y en cuanto a Bandelino, "ella no hacía vida con él, ellos desde que se apartaron, se apartaron"... "ella se apartó de él como en el cincuenta, ella se casó en el cuarenta y ocho y duraron como nueve años viviendo juntos, y se fue para Girardot como en el año de mil novecientos sesenta y dos"; preguntada sobre si Elvira convivía con Napoleón cuando se fue para Girardot, la declarante relata: "Pues ella trabajó como dos años en la hacienda, primero la tuvo aquí en la casa de Natagaima y luego se la llevó para la hacienda del campo; pues él la tenía de servicio y la tenía para todo, cuando tuvo dos hijos de él era porque le servía de todas formas"; que Bandelino "nunca charla sobre eso porque sin ser hijo de él cómo va a reconocerlo" (Fols. 56 y 56 vuelto, C. 1).

5. Precisamente, *la autonomía de que gozan los juzgadores en las instancias, para apreciar los testimonios, hace que la fuerza de convicción que les imprimen debe ser respetada en casación, salvo que constituya ostensible el error de hecho, que permita advertir el desacierto o la contraevidencia.* Empero, esta situación no se refleja en el caso *sub lite*, puesto que el Tribunal tomó los testimonios, los apreció en conjunto, para concluir que los supuestos fácticos se colmaban plenamente.

6. No prospera el cargo.

Tercer cargo. Por la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se acusa la sentencia "como violatoria por la vía indirecta", debido a los errores en que incurrió el Tribunal en la valoración de las pruebas, por aplicación indebida del numeral 3º del artículo 3º de la Ley 75 de 1968 en la parte que dice: "El hijo podrá reclamar en cualquier tiempo contra su legitimidad presunta, cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar".

También se acusan los artículos 60 del Decreto 1260 de 1970, 18 y 13 de la Ley 92 de 1938, 7 y 42 del Decreto 1003 de 1939, 48, 50, 105 del Decreto 1260 de 1970, 9º del Decreto 2558 de 1970 y 213 y 214 del Código Civil, por falta de aplicación. Para el recurrente el quebranto de los textos legales citados obedeció que el Tribunal le dio valor probatorio al registro civil de nacimiento del demandante y no hubiese considerado "su asentamiento extemporáneo".

Se considera

1. Para el Tribunal en la copia del registro civil de nacimiento aparece reconocido como hijo natural del señor José Napoleón Cortés Jiménez y las diligencias de reconocimiento hechas ante el Juzgado Promiscuo de

Menores de Girardot, donde éste lo reconoció extemporáneamente como su hijo natural.

2. Sin embargo, para encontrar acreditado que el demandante nació mucho tiempo después de transcurrido el décimo mes siguiente al día en que ocurrió el hecho "según se desprende del registro civil de nacimiento (8 de diciembre de 1962)", el Tribunal se apoyó en las declaraciones de Urbano Usche Yaguará, Emilia Apache de Merchán, María de Jesús Jiménez de López y Ofelia Ortiz de Usche que el recurrente no ataca en el cargo. Y si eso es así *no es pertinente la impugnación de la sentencia que está amparada en apreciaciones probatorias no combatidas por el censor, que, por tanto, mantiene toda la fuerza de convicción que le imprimió el juzgador* ad quem.

"Si, como reiteradamente lo tiene dicho la jurisprudencia, la acusación de un fallo por error de hecho manifiesto o error de derecho en la estimación de pruebas no puede prosperar cuando se refiere a una o algunas, si las demás constituyen un soporte suficiente de la decisión, debe seguirse que el cargo no puede prosperar por no ajustarse a la técnica de la casación. No es procedimiento correcto en este recurso extraordinario el ataque aislado de los medios de prueba, porque aun en el evento de hacerlo victoriosamente subsistirían las razones que en torno a los demás expuso el sentenciador, y que por ser suficientes para fundar la decisión impugnada hacen inevitablemente impróspera la acusación" (Cas. abril 11 de 1972, G. J. t. *CXLII, p. 140).*

3. Cualquiera sea el valor probatorio del acta de registro civil de nacimiento resulta intrascendente en el cargo, puesto que se han debido combatir todos los soportes probatorios tenidos en cuenta por el Tribunal para sentar las conclusiones.

4. Lo dicho es suficiente para denegar el cargo.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de fecha 11 de mayo de 1984, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en este proceso ordinario de Germán Cortés Tocarema contra Bandelino Capera Méndez. Costas a cargo del recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Hernando Tapias Rocha, con salvamento de voto, *José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero*, con salvamento de voto.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

Como no compartimos la decisión mayoritaria, expresamos los motivos de nuestro disentimiento, en los términos siguientes:

a) Consideramos que el cargo primero prospera, con fundamento en las apreciaciones que a continuación señalamos;

b) Como ciertamente existen algunas relaciones jurídicas de linaje sustancial que sólo se pueden decidir de mérito cuando al litigio comparecen todos los vinculados a dicha relación, cuando así no acontece, por cuanto ni el demandante demandó a todos los integrantes de la relación sustancial, ni el juzgador integró oportunamente el contradictorio y, a pesar de estas omisiones se sentencia de fondo, el fallo dictado en esas condiciones ha dejado de aplicar el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil y, por ende, ha infringido este precepto;

c) El motivo antes expuesto también lleva a considerar que, cuando en los términos del artículo 3º de la Ley 75 de 1968, el hijo reclama contra su legitimidad presunta, debe dirigir su acción con audiencia de su madre y del marido de ésta, o sea, su sedicente padre y, en el evento de haber fallecido, contra los herederos del causante;

d) Y, si como aquí sucedió, fallecida Elvira Tocarema no se demandó a los herederos de ésta, lo cual era necesario para proferir fallo de mérito, se tiene que fuera del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil el *ad quem* infringió, también, por falta de aplicación, el artículo 3º de la Ley 75 de 1968, en el punto que se viene analizando y, por tanto, la acusación contenida en el cargo primero debió prosperar;

e) Por consiguiente, si a nuestro juicio el cargo inicial estaba llamado a prosperar, era superfluo entrar a estudiar los cargos restantes.

Hernando Tapias Rocha, Alberto Ospina Botero.

Fecha, *ut supra*.

ACCION REIVINDICATORIA O DE DOMINIO

Sus elementos esenciales. Cuando demandante y demandado presentan títulos en procura de demostrar cada uno su derecho, lo primero que debe analizarse es si dichos títulos se refieren al mismo bien. Identidad del predio: no es de rigor que los linderos se puntualicen de modo absoluto sobre el terreno. Basta que razonablemente se trate del mismo bien. No debe confundirse deslinde y amojonamiento con reivindicación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

Bogotá, D. E., 5 de septiembre de 1985.

Procede hoy la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia del 21 de agosto de 1984, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario instaurado por Gabriela Vélez Estrada en frente de Gerardo Fernández Ravé.

I. EL LITIGIO

1. Por repartimiento efectuado el 3 de julio de 1981, correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fagüi conocer de la demanda instaurada por Gabriela Vélez Estrada contra el mencionado Fernández Ravé, tendiente a que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que pertenece a la demandante el dominio pleno sobre un inmueble ubicado en el Municipio de La Estrella, en el sitio La Tablaza, paraje de Antioquia, que comprende "el lote de terreno con edificio de tres pisos y una casa de habitación de dos pisos aparte del edificio, sobre la autopista que conduce de Medellín a Caldas y que linda: 'Por el frente con el camino de San Miguel; con un costado con propiedad de Eladio Pérez en parte, y en parte con predio de Tino Osorio por cercos de alambre; por otro costado con propiedad de Mario Gil Sánchez y por el

otro costado con propiedad del mismo Gil Sánchez". Dicho inmueble se encuentra matriculado bajo el número 001-0085398". En escrito adicional presentado el 18 de agosto del mismo año se corrigieron los linderos y el número de matrícula, anotando que esta última corresponde al número 001-247500 y que aquéllos son: "Por el frente, linda, con el camino a San Miguel, hoy una carretera; por un costado en parte con Evangelina García de Osorio y en parte con Eladio o Lalo Pérez, con cercos de alambre"; manteniéndose inmutable el lindero con Gil Sánchez;

b) Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene al demandado a restituir a la demandante el inmueble denominado "El Castillo", identificado por sus linderos señalados en el literal anterior, así como los frutos naturales y civiles, no sólo los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir, con mediana inteligencia y cuidado, de haber tenido el predio, y según tasación hecha por peritos. La restitución comprenderá también "todas las cosas que forman parte del fundo o que se reputan como inmueble (sic) por la conexión con él";

c) Que se inscriba la sentencia en el registro correspondiente, una vez se encuentre ejecutoriada; y,

d) Que se condene al demandado al pago de las costas procesales.

2. Las afirmaciones de hecho que la demandante invocó en apoyo de sus pretensiones, quedan sustancialmente resumidas en las siguientes:

a) El inmueble cuya reivindicación se pretende, identificado en el literal a) anterior, fue adquirido por la demandante en remate ordenado por el Juzgado Civil Municipal de Caldas (Antioquia), dentro del proceso ejecutivo, con título hipotecario, seguido por la rematante contra Antonio Ochoa Posada, diligencia que fue aprobada mediante auto del 13 de mayo de 1980;

b) El bien tratado en la litis fue adquirido por Ochoa Posada por compra al señor Alfredo Díaz Estrada, todo lo cual consta en la Escritura 2125 de 4 de junio de 1969, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Medellín. El inmueble así adquirido fue vendido, parcialmente, a la señora Evangelina García de Osorio, como aparece en la Escritura número 46 del 15 de enero de 1971, de la misma Notaría Segunda. Allí también se otorgó el protocolo número 736 correspondiente al 9 de marzo de 1970, en el cual consta la hipoteca de primer grado con la que se gravó el inmueble a favor de Alfonso Montoya Díez, para garantizar acreencia hipotecaria que fue transmitida al doctor Salvador Ospina Vásquez, tradente a su vez de la demandante Vélez Estrada, quien así se legitimó en derecho cuya acción culminó, como quedó dicho antes, en el remate del bien;

c) Dice la demandante que el poseedor demandado, Fernández Ravé, arguye que el bien disputado lo adquirió por remate ordenado dentro del proceso ejecutivo singular que él adelantó contra el mismo Antonio Ochoa Posada. Sin embargo, agrega, la matrícula inmobiliaria exhibida, la número 001-0029778, se refiere a otro inmueble, afirmación que resulta de leer la descripción, cabida y linderos que aparecen en ella: "Un lote de terreno situado en el Municipio de La Estrella, parte de la finca El Regalo de don Santiago el Generoso, en el sitio La Tablaza y que linda:

Por el frente u Oriente en 19 metros con una servidumbre, de aquí lindando con propiedad de Efraín Correa en 13.55 metros, volta lindando en 7 metros con el mismo Efraín Correa, haciendo escuadra, de aquí sigue lindando con el mismo Correa en 13.55 metros hasta llegar a la servidumbre, de aquí se sigue por la servidumbre en 3 metros hasta llegar a la propiedad del mismo Efraín Correa sigue lindando en 25 metros con predio de Efraín Correa a llegar a propiedad de Mario Gil Sánchez, sigue lindando con éste por el Occidente a encontrar predios de Sigifredo Cardona y Alfredo Díez en 23.30 metros, o sea por el Sur y siguiendo este lindero hasta la servidumbre u Oriente, punto de partida";

d) La demandante, dueña legítima del bien, no lo había poseído en ningún momento y el demandado, habiendo demostrado su posesión, resultó ganancioso en el incidente de desembargo propuesto por él en el ejecutivo que finó en el remate del inmueble por parte de la demandante;

e) El poseedor percibe los frutos civiles del inmueble querellado, como son los arrendamientos pagados por sendos inquilinos del edificio y la casa levantados en él, por un valor que ascendió a la suma de $ 22.400.00, y continúa percibiendo tales cánones, "lo que debe ser tenido en cuenta al momento de desatar el litigio".

3. Oportunamente el demandado contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de su demandante; en cuanto a los hechos, los niega todos, aceptando, con relación al primero que trata del remate, que "en la mencionada diligencia sólo se adjudicó (sic) a la actora 'los derechos que puedan corresponder al demandado (Antonio J. Ochoa Posada) sobre el inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria número 001-0035398 ...'" con la salvedad "...que no podían incluirse... los derechos... que corresponden a Genaro Fernández Ravé".

Adicionalmente reconoce su calidad de poseedor y reclama para sí la de propietario del bien reivindicado, por haberlo adquirido en remate ordenado en un proceso ejecutivo singular adelantado por él frente a Antonio J. Ochoa Posada, el cual tuvo lugar el día 9 de marzo de 1973.

En esa misma oportunidad el demandado propuso, como previa, la excepción de cosa juzgada, que fundó en la afirmación de haberse surtido entre las mismas partes un proceso reivindicatorio sobre el mismo bien. Luego de tramitado el incidente respectivo esta excepción dilatoria fue declarada impróspera, por auto de 1º de diciembre de 1981 que alcanzó ejecutoria, pues fue consentido tácitamente por el afectado con tal decisión al no haberla impugnado.

4. Trabada así la relación jurídico-procesal, con la aducción de las pruebas solicitadas por las partes y las decretadas oficiosamente por el Juez, se surtió la primera instancia, a la cual el juzgado del conocimiento, que como está dicho lo fue el Segundo Civil del Circuito de Itagüí, puso fin con su sentencia de 23 de febrero de 1984, en la cual, teniendo en consideración que se trataba de un mismo predio rematado dos veces, y que en el proceso ejecutivo singular, de donde deriva su título el demandado, "el remate del inmueble que se reivindica se tipificó sin que se hubiere citado en el proceso a la persona que en ese momento detentaba la acreencia hipotecaria", accedió a las pretensiones de la demanda.

5. Inconforme con las resultas del pleito en dicho grado de jurisdicción, el demandado condenado interpuso el recurso de apelación contra lo resuelto por el *a quo*, concedido, llevó el proceso al conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el cual, ritoada la instancia, profirió su sentencia de 21 de agosto de 1984, por la que, luego de infirmar en todas sus resoluciones la apelada, denegó las pretensiones de la demandante y condenó a esta parte en las costas causadas en las dos instancias del proceso.

II. Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Luego de relacionar los antecedentes del litigio y el trámite dispensado al proceso, en el proemio de sus consideraciones advierte el Tribunal que esta debatida controversia se debe "a que el inmueble *sub judice* ha tenido una doble inscripción en el Registro Público".

Y luego de analizar la titulación aportada por cada uno de los litigantes para demostrar el derecho de dominio que, excluyentemente, cada uno invoca a su favor sobre el predio de la litis, concluye en que "el remate verificado en favor del demandado Fernández Ravé se refiere al mismo bien que se describe en la Escritura número 2125 del 4 de junio de 1969", o sea la misma que la demandante invoca como contentiva de la compraventa que del inmueble hizo a Antonio José Ochoa su antiguo dueño Alfredo Díez Estrada. Es decir, el título escriturario que origina la tradición que exhibe la demandante Vélez Estrada.

2. A continuación el Tribunal *ad quem*, tomándolas del fallo del *a quo*, hace extensa transcripción de las partes de esa titulación que considera trascendentes, compartiendo las apreciaciones de este juzgador, salvo en cuanto expresa "que el remate del inmueble que se reivindica se tipificó sin que se hubiera citado en el proceso ejecutivo a la persona que en ese momento detentaba la acreencia hipotecaria, por lo que prevalecerá el derecho aducido por la parte demandante en frente a la situación expuesta por el sujeto pasivo de la pretensión". Tal discrepancia obedece a que la Sala del Tribunal estima "que la conclusión a que llegó el señor Juez *a quo*, es injurídica, ya que una vez efectuado un remate, éste queda en firme y no puede ser infirmado sino por medio del recurso extraordinario de revisión".

Para fundamentar su aserto, el Tribunal asevera: "La falta de citación de los acreedores hipotecarios en los procesos ejecutivos que se siguen en contra del poseedor inscrito del bien gravado con garantía real, no les da derecho a incoar de nuevo la acción hipotecaria, sino a demandar la nulidad dentro del proceso o posteriormente por medio del recurso extraordinario de revisión"; y cita en su apoyo alguna doctrina nacional, para concluir que "no era el derecho del acreedor hipotecario que no fue citado al proceso ejecutivo, en que actuó como actor, el demandado, el que ha debido prevalecer, pues ya se vio cómo, de conformidad con los artículos 540 y 556, la pública almoneda cierra definitivamente la posibilidad de un nuevo remate con título anterior a la citada diligencia, que es cabalmente el caso planteado en este litigio. Por esta consideración la pretensión reivindicatoria no puede prosperar y así habrá de resolverse finalmente".

3. Observa la Sala que habiéndose rematado en el ejecutivo singular, del hoy demandado contra Ochoa Posada, "todos los bienes que lo quedaron al poseedor inscrito Antonio J. Ochoa en La Tablaza del Municipio de La Estrella, bienes denominados 'El Regalo' y 'El Castillo', pues así se infiere del certificado del señor Registrador visible a folio 27 del cuaderno principal... En estas circunstancias, la demandante Vélez Estrada, al perseguir, después del remate de Fernández Ravé, bienes de Antonio J. Ochoa, subastó cosa ajena, pues esos bienes habían sido adjudicados al demandado. Por lo expuesto, el título así obtenido, es inválido, no es justo...".

4. Insistiendo en que "no es posible un nuevo remate con base en una hipoteca anterior a una licitación pública", pasa el *ad quem* a afirmar que la nulidad en el ejecutivo singular, proveniente de la falta de citación del acreedor hipotecario "no pudiera haber ocurrido, considerando que la diversidad de inscripciones en el folio de matrícula inmobiliaria con referencia al inmueble *sub judice*, dio por resultado que el respectivo certificado del Registrador no anunciara al citado titular del crédito hipotecario".

5. Advierte el Tribunal que, en el caso *sub judice*, "se presenta entonces el caso de la doble titulación sobre un mismo bien o predio"; y luego de discurrir sobre el tema, con citas doctrinarias y jurisprudenciales, concluye:

"Los títulos de las partes contendientes provienen de un mismo causante... La demandante hizo valer un título con garantía hipotecaria y el demandado simplemente una letra de cambio. A la demandante le fue adjudicado el bien *sub judice* por sentencia (sic) que aprobó el remate, datada el 9 de mayo de 1980. El demandado obtuvo igualmente adjudicación por sentencia (sic) que aprobó el remate, desde (sic) el día 21 de marzo de 1973".

"Debe entonces prevalecer la titulación del demandado, puesto que, proveniendo del mismo causante, fue inscrita en el registro público con siete años de antelación a la tradición que exhibe la parte demandante... y además tiene la posesión, a quien favorece el adagio 'en igualdad de causa es mejor la del que posee'".

III. El recurso extraordinario

Como ya está dicho, contra la sentencia extractada interpuso casación la demandante, abogamiento que desarrolla en tres cargos, todos fundados en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, de los cuales la Corte contrae su estudio al tercero por venir apoyado en razones suficientes para quebrar el fallo impugnado extraordinariamente.

Cargo tercero.

1. Mediante éste se acusa la sentencia del Tribunal de Medellín de ser indirectamente violatoria, por inaplicación, de los artículos 946, 947, 950, 952, 961, 962 y 964 del Código Civil, como consecuencia de los errores de

hecho en que habría incurrido el Tribunal al apreciar las pruebas, particularmente las que el censor singulariza en su demanda.

2. Y luego de recordar los razonamientos del sentenciador *ad quem* en punto a la titulación aportada por los litigantes, el casacionista señala como pruebas preteridas por aquél las siguientes:

a) La copia del acta notarial de remate de Gerardo Fernández Ravé, "en cuanto dice que éste, efectuado el 9 de marzo de 1973, recayó sobre un lote de terreno situado en el corregimiento de La Tablaza, con su edificio llamado 'El Castillo' ", cuyos linderos allí se consignan;

b) El folio de matrícula inmobiliaria sobre el registro de este remate y el del predio reivindicado, "que versa sobre un lote de terreno con un edificio de tres pisos, aparte del edificio, situado en el paraje Antioquia, del barrio o sitio denominado La Tablaza", cuyos linderos también se consignan allí;

c) Copia del certificado del Registrador de Medellín de 2 de mayo de 1972, "que dice, después de describir el inmueble adquirido por Antonio J. Ochoa por compra a Alfonso Díez Estrada", que aquél no ha transmitido en forma alguna el derecho de dominio que tiene sobre la totalidad del referido inmueble; y que, "en cuanto a ventas parciales", aparecen las hechas a Marco Aurelio Galvis, Efraín de J. Correa y Carlos Enrique Taborda;

d) El acta de la inspección judicial practicada el 9 de febrero de 1982, en la cual el juzgado identificó "el inmueble descrito en la demanda del presente proceso" y transcribe los linderos "que fueron constatados por el despacho y los peritos"; y

e) El dictamen pericial lo mismo que su adición.

Concretando los yerros de facto que le enrostra a la sentencia por él combatida, dice el impugnador que si el Tribunal hubiera apreciado todas estas pruebas y no hubiera alterado el contenido de otras, no habría concluido en que se trata del mismo bien, el rematado por el demandado y el que la demandante busca reivindicar, y no habría consecuencialmente fallado, como lo hizo, haciendo prevalecer la titulación del demandado "puesto que por provenir de un mismo causante fue inscrita en el registro público con siete años de antelación a la tradición que exhibe la parte demandante".

2. Después de transcribir los apartes de las pruebas que el censor estima no apreciadas o apreciadas indebidamente, dice que todas ellas demuestran que no se trata de un solo lote, sino de dos diferentes; que tales medios probativos "demuestran, sin lugar a duda, que los linderos del lote número 1, que son los que obran en la demanda respecto al bien materia de la reivindicación, coinciden con los que aparecen en el folio de matrícula número 001-0247500 como afirma la reforma de la demanda, que es el complemento del 001-85398 acompañado a ésta; y que el lote número 2 coincide en su mayor parte con el que figura en el folio de matrícula 001-0029778..." Agrega la censora que, "por otra parte, la inspección del Juzgado y el dictamen de los peritos prueban la identidad del bien reivindicado, como dice el acta de aquélla y el concepto de éstos,

en pasajes que me permití subrayar. Luego, se reúnen los tres requisitos de la reivindicación, dominio del demandante, posesión del demandado e identidad del bien reivindicado con el que posee el demandado".

3. Concluyendo la fundamentación del ataque, dice el impugnante que por todo ello, "si el Tribunal hubiera apreciado estas pruebas, habría aplicado las disposiciones que regulan la reivindicación citadas al comienzo del cargo, por lo cual el cargo resulta demostrado, y estos razonamientos sirven de base a la sentencia".

IV. Consideraciones de la Corte

1º *Los elementos esenciales que deben estar presentes para la prosperidad de la acción reivindicatoria, son, según jurisprudencia reiterada: a) derecho de dominio del demandante; b) posesión material del demandado; c) identidad entre la cosa pretendida y la poseída por el reo; y, d) cosa singular o cuota determinada de cosa singular.*

Partiendo del supuesto que es eventualmente posible que el bien pretendido pueda estar amparado por las titulaciones del demandante y la del demandado y que esto es lo que ha sucedido o parece suceder en el sub lite, es menester, como lo aconseja la lógica y la misma jurisprudencia, establecer si los títulos aportados se identifican con el bien en disputa. En efecto, ha dicho la Corte que "cuando se presentan por las partes títulos en procura de demostrar cada uno de los litigantes su derecho sobre el bien controvertido, no basta con que lleguen oportunamente al debate, si por otro lado no se ha efectuado la identificación de dichos títulos con referencia al bien pretendido" (Cas. 25, VI, 1981).

2º En consideración a que, demandante y demandado, exhiben títulos provenientes del mismo causante, para justificar sus pretensiones encontradas, es preciso dilucidar si el inmueble rematado en los procesos ejecutivos, el singular y el hipotecario, contra Antonio J. Ochoa, por Gerardo Fernández Ravé y Gabriela Vélez Estrada, respectivamente, es el mismo, o si por el contrario se trata de predios diferentes:

a) A Gabriela Vélez le fueron adjudicados en remate "los derechos que puedan corresponder al demandado (Antonio J. Ochoa), sobre el siguiente inmueble: un lote de terreno con un edificio de tres pisos y una casa de habitación de dos pisos aparte del edificio, en el paraje Antioquia, del barrio o sitio llamado 'La Tablaza', del Municipio de La Estrella, sobre la autopista que conduce de Medellín a Caldas, que linda: por el frente con el camino de San Miguel; con un costado con propiedad de Eladio Pérez, en parte y en parte con propiedad de Tino Osorio, por cercos de alambre; por otro costado con propiedad de Mario Gil Sánchez y por el otro con propiedad del mismo Gil Sánchez". Este bien aparece registrado en el folio de matrícula inmobiliaria en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín, bajo el Nº 001-035398, en donde consta que fue adquirido por Antonio Ochoa Posada por compra, según la Escritura 2125 de 4 de junio de 1969, otorgada en la Notaría Segunda de Medellín, número 3517 del Catastro Municipal de La Estrella;

b) En el proceso ejecutivo singular que adelantara Gerardo Fernández contra Antonio J. Posada, cuya copia se allegó al expediente (Fol. 8 C. 5), aparece el memorial que solicita el embargo y secuestro de un bien que individualizan así: "Un lote de terreno con casa de habitación situado en el corregimiento de La Tablaza, barrio Antioquia del Municipio de La Estrella, predio número 3526, y cumarcado por estos linderos: Por el frente u oriente en 19 metros con una servidumbre; de aquí sigue lindando con predio de Efraín Correa en 13 metros; sigue lindando y voltea en 7 metros con el mismo Correa en escuadra; de aquí con el mismo Correa en 13 metros con 55 centímetros hasta la servidumbre, de aquí por ésta en 3 metros por la servidumbre (sic), de aquí hasta el predio del mismo Correa; sigue lindando en 21 metros, con Efraín Correa a llegar al predio de Mario Gil Sánchez; por occidente a encontrar herederos de Sigifredo Cardona y Alfredo Díez en 23 metros; en 30 metros, o sea por el sur y por este lindero hasta la servidumbre u oriente, punto de partida. Se adquirió por Escritura número 3492 de la Notaría Segunda de Medellín el 24 de septiembre de 1969, registrada en el número 4677, tomo XI, Libro 1º Pares A. folio 396, matrícula número 23, folio 103, tomo XVII". Corresponde al folio de matrícula inmobiliaria Nº 001-0132607 (Fol. 15 C. 6).

El juzgado del conocimiento, que lo fue el Civil Municipal de Caldas (Fol. 9 *ib.*), ordena el embargo del bien antes identificado y aparece (Fol. 14 *ib.*) la diligencia de secuestro y avalúo en donde consta que fue identificado el inmueble con los siguientes linderos: "por el frente con una servidumbre pública; de aquí sigue lindando y voltea siete metros con el señor Correa en escuadra, de aquí con el mismo Correa en 13 metros y 55 centímetros hasta la servidumbre; de aquí por ésta en tres metros por la servidumbre (sic); de aquí con predios del mismo Correa; sigue lindando en 21 metros con predios del mismo Correa hasta llegar a predios de Mario Gil Sánchez; por el occidente a encontrar herederos de Alfredo Díaz y Sigifredo Cardona en 23 metros; en 30 metros, o sea por el sur y por este lindero hasta la servidumbre oriente punto de partida".

Reza el certificado del Registrador número 001-0132607 que el mencionado predio hace parte de la finca El Regalo, de don Santiago el Generoso.

3ª Aquí empieza el embrollo. En el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Medellín, que, como es de ley, se arrimó al proceso ejecutivo en comento, apareció que el demandado Ochoa Posada había hecho tres ventas parciales del predio embargado y secuestrado, todas antes de la litis, por lo cual el apoderado de Fernández Ravé (Fol. 15 C. 5), solicitó al juzgado excluir los lotes vendidos "de la venta que habrá de decretarse en pública subasta, porque en realidad éstos fueron vendidos con anterioridad al embargo de la totalidad del inmueble" y como consecuencia, manifestó: "queda reducido el inmueble al siguiente: Un lote de terreno con su edificio denominado 'El Castillo', alinderado así: Por el frente con calle del corregimiento La Tablaza; por el costado occidental, con solar perteneciente a 'El Castillo', lindando con propiedad de Jorge Molina; por la parte de atrás con Mario Gil Sánchez; y por el costado oriental con Lino Osorio, dueño de una casa".

Y continuó: "El Castillo o edificación comprendido dentro de los linderos anotados está situado en el barrio San Miguel, antes barrio Antioquia, comprensión de La Tablaza, Municipio de La Estrella, se conoció antes como Santiago el Generoso". La solicitada reducción fue admitida de plano por el juzgado.

El predio, así identificado, fue sacado a remate, diligencia que se cumplió el 9 de marzo de 1973 y es de allí de donde deriva su título el hoy demandado Gerardo Fernández Ravé (Fol. 26 *ib.*). Debe destacarse que en la parte pertinente del acta se hace mención a la procedencia del inmueble informando que el ejecutado, Ochoa Posada, lo adquirió por compra a Alfredo Díez Estrada como consta en la Escritura 3492 del 24 de septiembre de 1969, otorgada en la Notaría Segunda de Medellín. Esta procedencia consta en el folio de matrícula inmobiliaria número 001-0132607.

Queda establecido entonces que lo que, mediante remate, adquirió Gerardo Fernández Ravé, es el saldo del predio que, como consta en la Escritura 3492, citada, adquiriera su forzado tradente Antonio J. Ochoa Posada, hechas las deducciones por ventas parciales realizadas con anterioridad por el mismo Ochoa, como consta en el ya citado folio 001-0132607.

4º Como resultado del remate se procedió a entregar al ganancioso la posesión material de lo adquirido y así lo ordenó el juzgado al secuestre. Este le hizo entrega material del bien secuestrado, distinto del rematado. Veamos por qué esta confusión. La diligencia de secuestro estuvo mal hecha. No obstante en ella (Fol. 14, C. 5), aparecen los linderos del predio legalmente trabado, se secuestró otro predio, propiedad del mismo Ochoa Posada, pero ajeno al pleito, como lo es el correspondiente al folio de matrícula inmobiliaria, ya citado, número 001-035398, o sea el correspondiente a la Escritura 2125 *ib.* Allí se encontró a los señores Adilio Zapata, Alonso Henao y Francisco Taborda, inquilinos de "El Castillo", cuyas deposiciones, acordes y contestes, obrantes en el expediente (Fols. 112 y ss., 151, 158 v. y ss., C. 4), así lo corroboran. ¿Por qué se produjo el error? El hoy demandado, el rematante Gerardo Fernández Ravé (Fol. 15, C. 3) declara a una pregunta del apoderado de la actora: "Continuando con el embargo del lote de El Castillo y su edificación que era lo que yo perseguía para cobrar mi acreencia". Y más adelante, preguntado: "Sírvase manifestar al Despacho ¿quién fue la persona que en la diligencia de secuestro indicó los linderos alusivos al embargo que usted personalmente hizo publicar? Contestó: Esa persona, de acuerdo con los datos míos, fue el doctor Euclides Botero quien era mi apoderado, él fue el que asistió a la diligencia e indicó los linderos con los datos que yo le había dado" (Fol. 16, C. 3).

Queda establecido, entonces, que los títulos exhibidos por las partes corresponden a inmuebles diferentes. Son disímiles por su tradición, por sus linderos, sus cabidas, los folios de sus correspondientes matrículas. Se parecen, sí, en el mismo tradente, en el vecindario y, a última hora, en el nombre, con que, erradamente obtuvo en la diligencia de secuestro motejar a su bien rematado el demandado Fernández Ravé.

5º Que Gerardo Fernández Ravé es el poseedor del bien, resulta de las apuntaciones anteriores, y si no, lo dice el juez al fallar el incidente de desembargo propuesto dentro del ejecutivo, que con título hipotecario tramitara la Vélez Estrada contra Ochoa Posada, pues que probada su posesión hubo de levantarse el secuestro. Hasta aquí el análisis de los presupuestos indispensables de la reivindicación.

6º El prolegómeno anterior permite vislumbrar desde ya que este cargo tercero, fundado en yerros de apreciación probatoria, está llamado a prosperar.

En efecto, tanto el juzgado del conocimiento como el Tribunal *ad quem*, en reiterado error, apreciaron mal las pruebas, y con apoyo en esa equivocada apreciación concluyeron ligeramente que se trata de un caso de doble titulación sobre idéntico predio, cuando, como lo ha hecho ver el recurrente y lo comprueba la Corte, está demostrado que no lo es; falacia que llevó al Tribunal de Medellín a la inaplicación de las normas sustanciales que anota en cifras el casacionista, pues que, éstas y no otras, eran las llamadas a imperar en el proceso, de haberse establecido, como ahora se hace, que el demandado no tenía título alguno sobre el predio cuya reivindicación se deprece, porque el suyo se refiere a otro bien y, su calidad, con relación al *sub lite*, era y es únicamente la de un poseedor.

A esta inferencia hubiese llegado forzosamente el Tribunal de Medellín si hubiera ponderado y apreciado en su conjunto las pruebas aportadas al proceso y mencionadas por el recurrente. De los certificados expedidos por el Registrador del Círculo de Medellín resultan dos tradiciones, obvio, para dos inmuebles diferentes. En la inspección judicial practicada por el Juzgado, se constataron dos lotes distintos, identificados con los números 1 y 2, correspondiendo el primero al bien reivindicado y el segundo a la finca o saldo de la finca rematada por Fernández Ravé, aunque este último con algunas pequeñas diferencias en cuanto a linderos, pero sin desentonar del bien como cuerpo cierto. Dijeron los peritos: "De la citada inspección judicial podemos colegir lo siguiente: El lote número 1 determinado en la demanda por sus linderos y ubicación coincide con los linderos, ubicación y especificaciones observadas en la diligencia... se trata del mismo bien a que se refiere la demanda y el certificado de la Oficina de Registro... número 001-0035398... En síntesis, el lote 1 no tiene problemas de identificación". Este es, como quedó escrito, el que adquirió Gabriela Vélez, el que posee Gerardo Fernández Ravé y el que se pretende reivindicar.

El lote número 2, aunque no coincidente plenamente en sus linderos con el folio de matrícula inmobiliaria número 001-0029778, sí lo es en términos generales con el adquirido por Fernández Ravé en el remate ordenado en el ejecutivo singular que éste adelantara contra Ochoa Posada, diferencia que se explica, ella sí, por las ventas parciales que este último hiciera del predio inicialmente adquirido. De todas maneras esto nada afecta al proceso, pues nada se discute con relación a este predio. Basta saber que se trata de uno diferente a aquél cuya reivindicación se solicita.

Ya lo tiene decidido la Corte en casación datada el 27 de abril de 1955, cuando dijo: "Si se identifica el inmueble descrito en la demanda de reivindicación, con el poseído por el demandado y los linderos de la demanda son los mismos que trae el título de propiedad del actor, no hay nada que objetar en materia de identidad del bien, como elemento de la reivindicación".

Para abundar, es pertinente traer a colación que "queda al abrigo de cualquier duda que para hablar de identidad del fundo reivindicado no es de rigor que los linderos se puntualicen de modo absoluto sobre el terreno... basta que razonablemente se trate del mismo predio según sus características fundamentales. No es posible, en efecto, confundir deslinde y amojonamiento con la reivindicación... La cuestión de límites no es problema entre reivindicante y poseedor, sino que se proyecta, como es obvio, sobre los dueños de los predios vecinos" (Cas. 11 de junio de 1965).

7ª Incurrió pues el Tribunal Superior de Medellín en evidente error de hecho por falta de apreciación de las pruebas referidas por el impugnador como preteridas, las cuales evidentemente acreditan que en el presente caso concurren los presupuestos esenciales de la pretensión reivindicatoria deducida por la demandante.

Y como tal yerro, a más de ostensible, es trascendente, pues incidió en la decisión hasta tal punto que fue la causa determinante de que en el fallo recurrido se le desconociera a Gabriela Vélez Estrada su derecho a reivindicar el inmueble a que se contrae la demanda y del cual es dueña legítima, cual lo imperan los artículos 946 y siguientes que la censura cita, normas legales sustanciales éstas que efectivamente no se aplicaron, debiendo haberse hecho actuar en la sentencia, la acusación resulta fundada y por consiguiente el fallo combatido tiene que quebrarse, para que la Corte, en sede de instancia, pronuncie la sentencia de reemplazo.

V. Sentencia sustitutiva

1. Como los presupuestos del proceso se hallan presentes y la Corte no advierte causal de nulidad alguna que invalide la actuación, la sentencia que como Tribunal de instancia debe dictar tiene que ser de mérito, es decir, que estudie y decida en el fondo la pretensión deducida en la demanda.

2. *Como ya está dicho, en el presente caso la demandante ejercita la acción reivindicatoria, cuyo objeto principal es, justamente, alcanzar la recuperación del inmueble que dice pertenecer a ella y que se halla en poder del demandado.*

A término del artículo 946 del Código Civil, la reivindicación, que también se la llama acción de dominio, "es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla".

De la transcrita definición legal de la acción de dominio, tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia han señalado como condiciones

de éxito de la pretensión restitutoria del reivindicante, las cuatro siguientes:

a) Derecho de dominio en el demandante;

b) Posesión material en el demandado;

c) Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; y

d) Identidad entre la cosa que pretende el demandante y la que es poseída por el demandado.

3. Estos cuatro presupuestos, como lo dedujo con acierto el juzgador de la primera instancia, sí se dan cita en el presente caso. En efecto:

a) Toda la prueba documental aportada al proceso (Fols. 18 y ss., C. 1) y a la cual se hace amplia alusión al despachar el cargo en casación, viene a demostrar, plenamente, el primero de los cuatro elementos citados, es decir, el derecho de dominio de la demandante. Este resulta de la diligencia de remate y su auto aprobatorio, debidamente inscritos en la oficina de registro correspondiente, en donde consta que ella, a Gabriela Vélez Estrada, se le adjudicaron a ese título los derechos de su entonces demandado sobre el bien que ahora se reivindica, "sin perjudicar los que corresponden al señor Gerardo Fernández Ravé". Los derechos adjudicados a la rematadora no eran otros que los que corresponden al dominio, desprovisto de posesión, como que ésta se encontraba en cabeza de Fernández Ravé, posesión que, como es obvio, se respetó en ese proceso ejecutivo en el que éste la alegó y demostró.

Los derechos que, según el acta del remate, "corresponden al demandado Fernández Ravé" y que no fueron subastados, como ya está dicho, son los que corresponden a un poseedor, o sea la tenencia, con *animus y corpus*, que deben ser respetados aun por el verdadero dueño quien, para hacerse a la tenencia, debe iniciar y lograr éxito en la acción reivindicatoria.

Se constata en el expediente que el título de propiedad de la demandante es anterior al inicio de la posesión del demandado, como que ésta data de fecha posterior al 21 de marzo de 1973 en que se aprobó el remate practicado en el ejecutivo de Fernández Ravé contra Ochoa Posada, proceso en el cual, como se ha analizado, se creó la confusión al hacerse a este rematador entrega material de uno diferente al enredado en la litis; la titulación de la reivindicante, si bien inmediatamente se sitúa en el remate de 9 de mayo de 1980, ella se remonta, sin embargo, para no ir más lejos, al registro de la Escritura pública número 2125 de 4 de junio de 1969, que contiene la venta que Alfredo Díez Estrada hizo a Antonio J. Ochoa Posada, tradente de la hoy demandante;

b) Es indiscutible, como quedó visto al despachar el cargo que encontró prosperidad, que el demandado es poseedor material del bien que la demandante pretende en reivindicación. Todos los medios de prueba que el Tribunal no apreció y los que malinterpretó, conducen a dar por plenamente establecido en el proceso este presupuesto de la acción reivindicatoria, sin olvidar que Gerardo Fernández Ravé, alegando su calidad de poseedor, se opuso y encontró éxito a la diligencia ordenada a la

rematadora Vélez Estrada en el proceso de venta del bien hipotecado que adelantó contra Antonio José Ochoa Posada;

c) Tampoco se remite a duda que se trata de reivindicar un bien singular, elemento que, de otra parte, no ha sido disentido sino antes bien aceptado por los litigantes. Como tampoco se duda ya, según todas las pruebas analizadas, que hay plena identidad del fundo que pretende reivindicar la demandante con el que es poseído materialmente por el demandado, pues todo el acervo probatorio conduce así a afirmarlo inequívocamente.

Es preciso destacar que todos los defectos de alindamiento de los predios, que resultan de las diferentes pruebas, se refieren al bien rematado por el demandado Gerardo Fernández Ravé, distinto al poseído por él, se repite. Es pues evidente, de cualquier manera, que, salvo para definir lo concerniente a la buena o mala fe del poseedor, para el efecto de la reivindicación propiamente dicha, es intrascendente la manera como haya perdido la posesión la reivindicante y como haya accedido a ella el demandado.

5. En la sentencia que aquí se revisa se condena al demandado a pagar a la demandante el valor de los frutos percibidos y los que se hubieran podido percibir en el inmueble, "desde la fecha en que se registró la subasta que Gabriela Vélez Estrada hiciera en el proceso hipotecario que incoara frente a Antonio J. Ochoa, pues desde dicha inscripción... la señora Vélez Estrada es titular del derecho de dominio del inmueble", condena ésta que el juzgado *a quo* hace en abstracto. Se advierte, pues, que la sentencia de primer grado, para efecto de frutos, considera al demandado como poseedor de mala fe.

Y en verdad que lo es, por lo que tal decisión tiene también que mantenerse, pues la posesión del demandado arranca de un error provocado por él, como que fue el mismo señor Fernández Ravé quien indicó los linderos que llevaron a la confusión de secuestrar un bien diferente del embargado y a la entrega al rematador de una cuya tradición no corresponde a la del inmueble subastado.

6. Conclusión de lo dicho es entonces la de que, aunque por razones diferentes a las que en ella se dieron, se debe mantener la sentencia del juzgador de la primera instancia, pues sus resoluciones están ajustadas a las prescripciones legales pertinentes.

VI. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de veintiuno (21) de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y actuando en sede de instancia,

RESUELVE:

Primero. CONFÍRMASE en todas sus partes la sentencia de veintitrés (23) de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), proferida en este mismo proceso ordinario por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Itagüí.

Segundo. CONDÉNASE al demandado al pago de las costas causadas en la segunda instancia del proceso; y

Tercero. SIN COSTAS en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

COMPETENCIA FUNCIONAL DE LA SALA DE CASACION CIVIL

De conformidad con el numeral 5º del artículo 25 del Código de Procedimiento Civil y lo previsto en el artículo XXXI de la "Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas" no es competente para conocer de procesos laborales promovidos contra agentes diplomáticos, por ciudadanos colombianos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

Bogotá, D. E., 9 de septiembre de 1985.

La Sección Primera de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, por auto del pasado 15 de julio decidió remitir a la Sala de Casación Civil el expediente relativo al proceso ordinario laboral promovido por María Elena Murcia de Mosquera contra el Embajador Extraordinario y Plenipotenciario del Reino de los Países Bajos, para obtener sentencia que condene a éste o al precitado Reino a reconocerle y pagarle "todas las prestaciones sociales, legales y extralegales e indemnizaciones que la legislación laboral colombiana reconoce a sus nacionales, por haber existido un contrato de trabajo a término indefinido" considerando al efecto aquella Sección, que es esta Sala de Casación Civil la competente para conocer de ese proceso, en virtud de la norma contenida en el numeral 5º del artículo 25 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual conoce precisamente "de los procesos contenciosos en que sea parte un agente diplomático acreditado ante el Gobierno de la República en los casos previstos por el Derecho Internacional".

Para resolver si la Sala de Casación Civil es en realidad la competente para conocer del mencionado proceso, se considera:

1. *El transcrito numeral 5º del artículo 25 del Código de Procedimiento Civil, atribuye evidentemente a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de los procesos contenciosos en que sea parte un agente diplomático acreditado ante el Gobierno de*

la República, pero limita esa competencia a los casos previstos por el Derecho Internacional, y reproduce de esta manera la previsión específica del artículo 151 de la Carta Política que, con la misma limitación atribuye en especial a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de esos negocios contenciosos.

2. A su vez, la Ley 6ª de 1972, por la cual se aprueba la "Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, hecha en Viena el 18 de abril de 1961", previene en su artículo XXXI:

"1. El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. Gozará también de inmunidad de jurisdicción civil y administrativa, excepto si se trata:

"a) De una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático lo posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión;

"b) De una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario;

"c) De una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales.

"2. El agente diplomático no está obligado a testificar.

"3. El agente diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución, salvo en los casos previstos en los incisos a), b) y c) del párrafo 1 de este artículo y con tal de que no sufra menoscabo la inviolabilidad de su persona o de su residencia.

"4. La inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante".

3. Una sencilla comparación entre las pretensiones de la parte demandante y las previsiones de la Convención de Viena que señala los casos en que, conforme al Derecho Internacional, pueden los agentes diplomáticos de un país comparecer en procesos penales, civiles y administrativos, muestra muy claramente que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia no es competente para conocer de procesos laborales promovidos contra ellos por ciudadanos colombianos, pues su competencia se limita a los casos previstos en el Derecho Internacional, cuales son, según el artículo XXXI transcrito, el de las acciones reales sobre bienes inmuebles particulares, el de acciones sucesorias en que el agente diplomático figure a título privado en ciertas calidades y el de acciones referentes a actividades profesionales o comerciales realizadas al margen de sus funciones oficiales, nada de lo cual ocurre en el presente caso.

4. Por consiguiente, parece clarísimo que si el Derecho Internacional resultante de convenio, aprobado por ley de la República, no le atribuye a la Sala de Casación Civil sino una competencia limitada para conocer de algunos negocios contenciosos en que aparezca demandado representante diplomático acreditado ante el Gobierno de Colombia, ello significa que esta Sala no puede asumir la competencia necesaria para conocer de un proceso que por su naturaleza corresponde a la jurisdicción laboral,

y por tanto, según lo dispuesto en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, ha de disponer el envío del expediente al Tribunal Disciplinario para que, en conformidad con sus facultades, dirima el conflicto provocado por la remisión del expediente a la Sala de Casación Civil, dado que, a su turno, esta Sala estima no ser tampoco la competente para conocer del proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, resuelve declararse incompetente para conocer del proceso ordinario laboral promovido por la señora María Elena Murcia de Mosquera contra el Embajador Extraordinario y Plenipotenciario del Reino de los Países Bajos y ordena, en consecuencia, remitir el expediente al Tribunal Disciplinario para que dirima el conflicto de competencia así planteado.

Notifíquese y cúmplase.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

CONTRATO DE HOSPITALIZACION

Naturaleza de las obligaciones que adquiere la institución. De este contrato surgen dos clases de obligaciones, unas que son de su esencia y otras que requieren de estipulaciones especiales.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

Bogotá, D. E., 12 de septiembre de 1985.

Entra la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha 11 de marzo de 1983, en este proceso ordinario que promovieron José Heriberto Rodríguez Latorre, Hernán, Doris, María Margarita, María Briceida, José Heriberto, Carlos Arturo, Luis Eduardo y Ana Lucía Rodríguez Pérez contra la sociedad "Clínica de la Magdalena Limitada".

1. Litigio

1. Mediante demanda que fue repartida al Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, los demandantes señalados antes formularon las siguientes súplicas:

"*Primera.* La sociedad denominada 'Clínica de la Magdalena Limitada', es responsable civilmente por la muerte violenta de la señora Briceida Pérez de Rodríguez, ocurrida el 3 de febrero de 1978, en jurisdicción del Municipio de Soacha (Cundinamarca).

"*Segunda.* Como consecuencia de la anterior declaración, la sociedad 'Clínica de la Magdalena Limitada', deberá indemnizar a José Heriberto Rodríguez Latorre, cónyuge sobreviviente de Briceida Pérez de Rodríguez, a José Heriberto, Hernán, Doris, María Margarita, María Briceida, Carlos Arturo, Luis Eduardo y Ana Lucía Rodríguez Pérez, hijos legítimos de

Briceida Pérez de Rodríguez, todos los perjuicios, materiales y morales, sufridos por los nombrados demandantes.

"*Tercera*. Los perjuicios que debe indemnizar 'Clínica de la Magdalena Limitada' a los demandantes, comprenderán el daño emergente y el lucro cesante.

"*Cuarta*. El monto de los perjuicios debidos por 'Clínica de la Magdalena Limitada' a los demandantes, comprenderán dos (2) fases:

a) Indemnización debida, que comprende el lapso del 3 de febrero de 1978 hasta la fecha de la sentencia definitiva; y

b) Indemnización futura, a partir de la fecha del fallo y hasta cuando probablemente hubiera ocurrido la muerte natural de Briceida Pérez de Rodríguez, según las tablas colombianas de supervivencia aprobadas por la Superintendencia Bancaria.

"*Quinta*. La indemnización debida, a que se refiere la petición del literal 'A' del punto anterior, deberá ser actualizada, vale decir, debe aplicársele la corrección monetaria para cubrir la devaluación que ha sufrido el peso colombiano, desde el momento del daño, o sea 3 de febrero de 1978, hasta cuando se dicte el fallo definitivo.

"*Sexta*. La sociedad 'Clínica de la Magdalena' deberá pagar las costas del proceso".

2. Los hechos constitutivos de la *causa petendi* pueden resumirse así:

Que María Briceida Pérez de Rodríguez, quien residía con su familia en Santa Rosa de Viterbo (Boyacá), se dedicaba a los quehaceres del hogar y además, confeccionaba ropa a fin de percibir algunos ingresos que eran superiores a los $ 5.000.00 mensuales, fue internada en la "Clínica de la Magdalena" el 17 de enero de 1978 como pensionada, donde fue atendida, a causa de sus trastornos de salud, por el neurocirujano Guillermo Laverde R., profesional que certificó el 22 de marzo de 1978 que la había atendido con motivo de una trombosis cerebral de origen hipertensivo, de la cual se recuperaba casi en su totalidad, aunque persistía cierto grado de desorientación temporoespacial; que cuando dicha señora desapareció de la Clínica esta entidad no le informó de tal hecho y sólo tuvo conocimiento de ello cuando le avisó la familia de la enferma; que el 2 de febrero de 1978 desapareció de las instalaciones de la clínica Briceida de Rodríguez, cuando se hallaba bajo custodia y vigilancia de la demandada, pues cuando "sus familiares fueron a visitarla (6:30 a 7:00 p. m.) no la encontraron en la habitación acostumbrada", sin que los empleados de la clínica dieran una explicación satisfactoria, sino sólo que dos días antes había tratado de salirse de la clínica; que el 3 de febrero de 1978 fue hallado el cadáver de Briceida de Rodríguez en el anfiteatro de medicina legal de Bogotá, "quien había muerto en cercanía de Soacha (Cundinamarca) kilómetro 8, al parecer arrollada por un vehículo que no fue reconocido"; que la causante de 48 años de edad, vivía con su esposo e hijos, los demandantes, a los que prestaba su ayuda económica con el producto de su actividad como modista; que "para morigerar, en parte, la falta de Briceida Pérez de Rodríguez, el cónyuge sobreviviente

José Heriberto Rodríguez se ha visto obligado a contratar a una persona que se encargue de los oficios domésticos, especialmente para que cuide y vea por los menores. En compensación a dichos servicios tiene que pagar la cantidad de $ 3.000.00 mensuales, pues de todos es sabido que Paz del Río es una de las ciudades colombianas en donde existe un costo de vida más alto''; que tal deceso ha causado mucho dolor y sufrimiento, tanto al cónyuge como a los hijos y hasta la fecha en que se formuló la demanda la ''Clínica de la Magdalena Limitada'' no ha dado respuesta a la carta que se le dirigió con fecha 29 de mayo de 1978, informándole que se había otorgado poder para solicitar la indemnización correspondiente.

3. La primera instancia se tramitó con oposición de la parte demandada, la cual manifestó que aceptaba algunos hechos, que negaba otros y que varios no le constaban; propuso las excepciones de inexistencia de la obligación por falta de causa, cobro de lo no debido, culpa de los demandantes y del médico tratante. En síntesis, afirmó que ''en ningún caso presta ni está obligada a prestar servicios de custodia y vigilancia para los pacientes que a ella ingresan'', que oportunamente avisó tanto al médico tratante como a los familiares de la paciente la desaparición de ésta de la clínica y ''aproximadamente una hora después del aviso dado a los parientes, es decir, alrededor de las 10 de la mañana del 2 de febrero de 1978 se hizo presente en la clínica el señor José Heriberto Rodríguez Latorre, esposo de la señora Briccida''.

Para sustentar su defensa la demandada expone:

''a) La Clínica de la Magdalena es una entidad hospitalaria para servicios de cirugía y maternidad. Ni esta clínica ni ninguna otra de las similares que funcionan en Bogotá prestan ni están obligadas a prestar servicios de custodia y vigilancia a los pacientes que a ellas acuden servicios que solamente prestan, según entiendo, las clínicas dedicadas al tratamiento de enfermedades mentales. Más aún: si un paciente insiste en abandonar una clínica de cirugía como es la de La Magdalena sin haber cancelado el valor de los servicios, las autoridades de ésta no pueden retenerlo contra su voluntad so pena de incurrir en un delito de secuestro;

''b) La señora Briccida Pérez de Rodríguez fue hospitalizada en la Clínica de la Magdalena el día 17 de enero de 1978 por orden de la entidad denominada Seguros Médicos Voluntarios S. A. y del médico doctor Guillermo Laverde Robayo;

''c) La señora Rodríguez ingresó a la clínica a la hora de las 3 p. m., del referido día 17 de enero de 1978 para tratamiento médico por presentar 'hemiparesia derecha de varios días de evolución ordinaria', según el resumen de la historia clínica elaborada en su oportunidad por el médico residente doctor Gustavo Cala G.;

''d) Al ingresar a la clínica la señora Pérez de Rodríguez, la señora Cecilia Rozo Z., en su condición de Jefe de enfermeras de la Institución les manifestó tanto al médico tratante doctor Guillermo Laverde R., como a los familiares de aquélla la conveniencia de ponerle a la paciente enfermera permanente, dado el mal estado general en que se encontraba. El médico doctor Laverde opinó que no veía la necesidad de tal enfermera y los parientes manifestaron que ellos la acompañarían en forma continua

y permanente, lo que efectivamente hicieron durante los primeros días de hospitalización. Después de esos primeros días la paciente permanecía sola durante la noche y la mayor parte del día;

"e) Como se desprende de las hojas de órdenes médicas que se llevan en la clínica y en donde el médico tratante anota el tratamiento y las drogas que deben suministrarse al respectivo paciente, el doctor Guillermo Laverde R. estuvo atendiendo a la señora Briceida Pérez de Rodríguez desde el 17 de enero de 1978, acudiendo a visitarla en las siguientes fechas: 18 de enero, 19 de enero, 20 de enero, 21 de enero, 23 de enero, 25 de enero, 28 de enero y 31 de enero de 1978, lo que equivale a que en los primeros días la visitaba diariamente, después día de por medio y finalmente cada tres días;

"f) Las dos últimas visitas que el doctor Laverde Robayo hizo a la señora Pérez de Rodríguez en la Clínica de la Magdalena lo fueron los días 28 y 31 de enero de 1978, en las que se limitó a anotar que se siguiera con las mismas órdenes impartidas por él por 6 y 8 días más respectivamente, todo de su puño y letra y autorizado con su firma, tal como aparece en las hojas de órdenes médicas;

"g) El día 2 de febrero de 1978 a la hora de las 6 a. m., la enfermera de turno en ese momento, señora Flor Marina Joya anotó en la historia clínica correspondiente a la señora Briceida Pérez de Rodríguez que después de pasar mala noche la paciente no aceptó que se le administrara la droga prescrita;

"h) Como la enfermera señorita Joya debía atender también a otros pacientes, dejó a la señora Pérez de Rodríguez acostada en su cama en la pieza que ocupaba y se dedicó a cumplir con sus obligaciones. Al regresar media hora después, es decir, a las seis y media de la mañana se encontró con que la señora de Rodríguez no estaba en su pieza, razón por la cual y en compañía de otro personal de la clínica se dedicó a buscarla y al no encontrarla dentro del establecimiento hospitalario salió a buscarla a la calle, habiéndola encontrado a dos cuadras de distancia de la clínica, regresándola a la unidad hospitalaria donde a las 7 a. m., quedó acostada nuevamente en su cama. A esa hora la enfermera Flor Marina Joya entregó el turno a quien debía reemplazarla, o sea, a la señora Blanca Rivera de Montoya;

"i) Desde el mismo instante en que la enfermera, señora Rivera de Montoya recibió el turno del día 2 de febrero de 1978 a las 7 a. m., en la Clínica de la Magdalena, estuvo atendiendo a la paciente señora Pérez de Rodríguez, tratando de administrarle la droga prescrita por el médico, con resultados negativos, pues la paciente se negó a dejársela aplicar;

"j) Después de las 8 a. m., del día 2 de febrero de 1978, la enfermera señora Blanca Rivera de Montoya, en cumplimiento de sus obligaciones como enfermera de la Clínica la Magdalena continuó atendiendo a los otros pacientes que le correspondía en su turno y después de una hora regresó a la habitación de la señora Pérez de Rodríguez, encontrándose con la sorpresa de que ésta había abandonado nuevamente la habitación. La enfermera señora de Montoya, al igual que lo había hecho horas antes la enfermera Flor Marina Joya, se dedicó a buscar a la señora de Rodríguez por las instalaciones de la clínica y al no encontrarle la buscó

en la calle por los alrededores de la unidad hospitalaria con resultados negativos. Ante estos resultados la enfermera avisó a las autoridades de la clínica, las que a su vez avisaron telefónicamente tanto al médico tratante doctor Guillermo Laverde R., al teléfono que él mismo había dejado anotado de su puño y letra en las hojas de órdenes médicas, es decir, al teléfono 450785, como a los parientes de la señora Briceida al teléfono 566068, que fue el suministrado por ellos al momento de ingresar la señora de Rodríguez a la clínica el día 17 de enero de 1978;

"k) Una hora después del aviso dado a los parientes se hizo presente en las instalaciones de la clínica el señor José Heriberto Rodríguez Laverre, esposo de la señora Pérez de Rodríguez, a quien se le informó en detalle sobre lo sucedido;

"l) La actuación de las enfermeras que atendían a la señora Pérez de Rodríguez el día 2 de febrero de 1978 en la forma como atrás he dejado relatada sólo demuestra la diligencia y cuidado con que obraron para que la mencionada paciente no abandonara las instalaciones de la clínica, ya que al parecer la mencionada señora salió totalmente vestida y como cualquier particular de los que entran y salen normalmente del establecimiento hospitalario;

"ll) No obstante que el médico tratante doctor Guillermo Laverde R., en certificación que expidió el 22 de marzo de 1978, con destino a los demandantes, afirma que trató a la señora Briceida Pérez de Rodríguez, desde el 17 de enero de 1978 hasta el 2 de febrero del mismo año 'para una trombosis cerebral de origen hipertensivo de la cual se estaba recuperando casi en su totalidad, *pero aún persistía cierto grado de desorientación temporoespacial como es lo común a esta enfermedad...*', en otra certificación expedida el 13 de febrero de 1978 con destino a Seguros Médicos Voluntarios S. A., entidad a la cual el médico doctor Laverde Robayo le cobraba los servicios médicos prestados a la mencionada señora Pérez de Rodríguez en cuantía de $ 10.000.00 m/cte., afirmó textualmente: 'Resumen: Paciente que sufrió una trombosis cerebral izq. por arterioesclerosis e hipertensión, *de la cual se recuperó totalmente*. Practiqué 10 visitas a la Clínica Magdalena *de la cual salió totalmente recuperada*'. (Lo subrayado es del suscrito);

"m) Si nos atenemos a la certificación expedida por el médico doctor Laverde Robayo con fecha 13 de febrero de 1978 con destino a Seguros Médicos Voluntarios S. A., en la que afirma que la señora Briceida Pérez de Rodríguez *se recuperó totalmente* de la enfermedad que la aquejaba y que salió de la clínica *totalmente recuperada*, no hay razón para deducir como pretenden hacerlo los demandantes, que existió culpa de la Clínica de la Magdalena en el abandono de la unidad hospitalaria por parte de la citada señora, ya que en tales condiciones era totalmente imposible que las autoridades administrativas de la clínica pudieran detectar que la persona que salía era una paciente y no una de las tantas personas que en forma ininterrumpida entran a la clínica y salen de ella diariamente;

"n) No existe pues ninguna relación de causalidad entre los servicios prestados por la Clínica de la Magdalena a la señora Briceida Pérez de Rodríguez y el fallecimiento de ésta ocurrido según se afirma a causa de un accidente de tránsito en la carretera que de Bogotá conduce a Soacha,

a considerable distancia de la clínica y mucho tiempo después de haber abandonado la señora Pérez de Rodríguez la unidad hospitalaria;

"o) Si la señora Pérez de Rodríguez falleció en un accidente de tránsito según se afirma, como habría podido suceder saliendo de su domicilio o en cualesquiera otras circunstancias, no por el hecho de su muerte puede afirmarse que la causa de ella haya sido por un descuido de la Clínica de la Magdalena que no estaba obligada, como antes lo he dicho y como se demostrará en el curso del proceso, a prestarle servicios de custodia y vigilancia. La muerte de la señora de Rodríguez ha podido ocurrir o por culpa de la víctima o por culpa del conductor del vehículo, pero en ningún caso por culpa de la clínica".

4. El Juez de primera instancia hizo el siguiente pronunciamiento:

"1º *Declárase* que la sociedad 'Clínica de la Magdalena S. A.', domiciliada en esta ciudad, es civilmente responsable de la culpa contractual en que incurrió con el incumplimiento de sus obligaciones de cuidado y vigilancia inherentes a la ejecución de la convención por la que recibió el diecisiete (17) de enero de mil novecientos setenta y ocho (1978) a la señora Briceida Pérez de Rodríguez Latorre para la prestación de servicios médicos, con hospitalización en sus dependencias de funcionamiento.

"2º *Declárense* no probadas, en consecuencia, las excepciones definitivas de 'inexistencia de la obligación por falta de causa', 'cobro de lo no debido' y 'culpa de los demandantes y del médico tratante', propuestas por la demandada.

"3º *Condénase*, por la misma consecuencia, a la sociedad demandada, 'Clínica de la Magdalena S. A.', del domicilio mencionado, a pagarles a los demandantes José Heriberto Rodríguez Latorre y José Heriberto, Hernán, Doris, María Margarita, María Briceida, Carlos Arturo, Luis Eduardo y Ana Lucía Rodríguez Pérez, representados los que aun sean menores por el primero, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la liquidación que de ellos se haga mediante incidente establecido por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, los perjuicios materiales que hayan recibido y puedan todavía recibir, teniendo en cuenta las motivaciones de esta providencia.

"4º El pago que se decreta se hará en conjunto para los demandantes, y su fijación tendrá en cuenta las bases dadas en las conclusiones del presente fallo.

"5º *Niéganse*, por las razones expuestas en las respectivas consideraciones de esta decisión, las pretensiones 'cuarta' y 'quinta' de la demanda".

Posteriormente, la sentencia fue adicionada para incluir en la condena perjuicios morales a favor de los demandantes en cuantía de $ 100.000 para cada uno.

5. Apelada la decisión anterior el *ad quem* la revocó y en su lugar dispuso negar las súplicas de la demanda, absolver a los demandados y condenar a la demandante a las costas de ambas instancias.

II. Fundamentos de la sentencia del Tribunal

1. Empieza el sentenciador de segundo grado por precisar que en el caso se encuentran reunidos los presupuestos procesales y que, además, los demandantes se hallan legitimados para formular las pretensiones consignadas en la demanda.

Luego observa que con la confesión que contiene la respuesta al hecho séptimo de la demanda y la prueba acompañada a escrito de respuesta, quedó demostrado el contrato de hospitalización que impuso a la clínica la obligación de prestar atención médica y hospitalaria a Briceida Pérez de Rodríguez y de consiguiente que se trata de un evento de responsabilidad contractual por el incumplimiento de tal contrato, por parte de la demandada

2. Sentadas tales premisas, el Tribunal se plantea como materia de reflexión el determinar los alcances de las obligaciones asumidas por la clínica, más concretamente, saber si el contrato hospitalario en que se fundamenta la demanda, "le imponía a la demandada obligaciones de custodia y vigilancia frente a la hospitalizada Briceida Pérez de Rodríguez y concretamente la específica de impedirle la salida de la clínica, mientras el médico que la trataba no diera la orden respectiva y se le cancelara a la demandada la contraprestación a que el contrato le daba derecho".

En ese orden de ideas, dice el Tribunal que "no obra en el expediente *prueba literal* que dé cuenta de la existencia específica de la mencionada obligación a cargo de la entidad demandada. Se dice que la vigilancia y custodia que deben ejercer los establecimientos hospitalarios sobre las personas que, como pacientes, ingresan a ellos, son elementos de la naturaleza del contrato celebrado entre éstos y aquéllos, que, como tales, se entienden incorporados a la convención sin necesidad de una estipulación expresa de las partes (Art. 1501 C. C.)".

"Cierto que quien presta un servicio hospitalario, prosigue el Tribunal después de citar a los Mazeaud, contrae una obligación de brindarle seguridad personal al enfermo, en virtud de la cual debe cuidarlo para que no vaya a sufrir daño alguno en su persona, pues, como lo dicen los autores citados: 'Por el hecho de su estado, el enfermo no tiene la misma libertad y no quiere tenerla: Le entrega enteramente a la clínica el cuidado de garantizar su seguridad; se confía en ella; exige que no se produzca ningún accidente. Tan solo en caso de accidente la prueba de la causa ajena liberaría, pues, al que haya hospitalizado un enfermo. La solución es indiscutible cuando se trata de un alienado o un nervioso agudo, por consistir la finalidad esencial en garantizar, contra el propio enfermo, la seguridad de él' (ob. cit., Pág. 236).

"Empero, la obligación de seguridad que contrae un hospital para con quien ingrese a él con el propósito de curarse de una enfermedad, tiene vigencia únicamente mientras el enfermo se encuentre dentro del establecimiento, por lo cual no se extiende a los accidentes que el paciente llegue a sufrir fuera de aquél, por desaparecer el vínculo existente entre establecimiento y enfermo al abandonar éste la clínica.

Y continúa más adelante: "Cesa, pues, la obligación de seguridad que para aquélla surge del contrato hospitalario en todos aquellos casos en que el paciente renuncia a que el establecimiento lo vigile y controle, saliendo de él ostensible o furtivamente, pues, la clínica, por respeto de uno de los aspectos más fundamentales de la libertad personal, no puede obligar al paciente a permanecer en ella contra la voluntad del enfermo. No es por lo tanto, cierto que la clínica como consecuencia del contrato hospitalario, contraiga la obligación de impedir la salida del enfermo, hasta que el médico que lo atiende dé la orden respectiva y el paciente haya pagado los gastos de hospitalización, pues, a la persona no se le puede obligar a permanecer, contra su voluntad, en un lugar determinado *y ella no puede tomarse como prenda del cumplimiento de obligaciones*. Por ello, es preciso aceptar que es el paciente el que se obliga a permanecer en la clínica hasta que su médico dé la orden de salida y que al cumplirse ésta pagará los gastos de hospitalización, por lo cual los daños que llegue a sufrir el enfermo que, incumpliendo con esas obligaciones, abandone de manera furtiva la clínica, no será responsable ésta, porque no fue ella la que incumplió la obligación contractual sino el enfermo el que la infringió".

3. Sostiene más adelante el Tribunal que con arreglo a las declaraciones de Cecilia Rozo Zabala, Flor María Joya González y María Isaura Acosta Jiménez se sabe que Briceida de Rodríguez no quería permanecer en la clínica, de lo cual tuvieron conocimiento sus parientes; que el médico a cuyo cargo estuvo la enferma sugirió la conveniencia de una enfermera permanente debido a la gravedad de su estado cuando se hospitalizó; que si a la enferma se le hubiera suministrado una vigilancia especial se habría impedido su evasión de la clínica "por lo cual fue una omisión de los familiares de la enferma lo que facilitó su 'fuga' y con ésta el accidente 'fuera de la clínica' que le ocasionó la muerte".

"Por manera que si era de cargo de los demandantes la vigilancia especial que debían ejercer sobre Briceida Pérez de Rodríguez —agrega el Tribunal—, para evitar que ésta abandonara la clínica, contratando para ello una enfermera permanente, y si fue por la omisión de ese servicio, que pesaba sobre los actores, que la enferma pudo abandonar la clínica, hay por lo tanto, una razón más para no hacer responsable a la demandada de los perjuicios que los demandantes han podido sufrir con la muerte que encontró Briceida Pérez de Rodríguez al salir del lugar donde se le prestaba atención médica".

III. El recurso de casación

Dos cargos dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil formula el recurrente contra la sentencia que se ha dejado extractada, los que serán estudiados y despachados en la forma como vienen propuestos.

Cargo primero. En él denuncia el recurrente quebranto de los artículos 63, 1604, 1610, 1613, 1614, 1615, 1616, 1618, 1621, 1622 del Código Civil, 5º y 8º de la Ley 153 de 1887, 2341, 2347, 2343, 2356, 1494, 1495, 1496, 1498, 1501, 1527, 1602, 1603 del Código Civil, 871 del Código de

Comercio y 1192 del Código de Procedimiento Civil, todos por falta de aplicación.

En su desarrollo sostiene el recurrente que el Tribunal, partiendo de un erróneo concepto acerca de la naturaleza del contrato de hospitalización, que fue el celebrado entre las partes, violó las normas relacionadas restringiéndoles sus alcances, puesto que tales normas, en completa armonía con la opinión de un importante sector de la doctrina y la jurisprudencia, consagran para esta clase de convenciones obligaciones de seguridad o resultado "y no simplemente una obligación de medios o de prudencia y diligencia" como lo entendió el *ad quem*.

Doctrinariamente se distinguen las obligaciones de medios y obligaciones de resultado. Las primeras, llamadas también de diligencia y prudencia, tan sólo requieren del obligado determinados comportamientos tendientes a la obtención de un fin; en cambio, las segundas imponen al deudor un resultado específico y determinado, que en caso de incumplimiento hace presumir culpa a cargo del obligado. Además, la doctrina moderna ha elaborado el concepto de *obligación de seguridad*, que necesariamente es de resultado, obligación en virtud de la cual el obligado debe *garantizar* la integridad de alguien. Ejemplos de esa clase de obligaciones se encuentran en el campo de la responsabilidad por el ejercicio de aquellas actividades caracterizadas por su peligrosidad.

Asevera a renglón seguido el recurrente que los autores encuentran en los contratos de hospitalización, inclusive en el de servicios médicos, una obligación de seguridad y al efecto cita opiniones de Lalou y Azard y otros, los cuales a su vez se apoyan en conceptos de Mazeaud y Tunc, de quienes reproduce los siguientes apartes:

"*La obligación de seguridad respecto a la persona en el contrato médico y en el contrato de hospitalización.* Jurisprudencia y doctrina están de acuerdo hoy, como se ha precisado, para decidir que el médico es solamente obligado, en principio, por una obligación general de prudencia y diligencia, es decir por la obligación de atender al enfermo con toda la prudencia y diligencia requeridas. Sin volver sobre las excepciones a este principio, es preciso indicar aquí que a la obligación de atención del enfermo se agrega a veces una obligación de seguridad, consistente en la obligación de evitar que no sobrevengan accidentes al enfermo y recalcar que esta obligación es normalmente una obligación 'determinada'. Esto es así cuando el contrato médico va acompañado de un contrato de hospitalización".

"¿Cuál es, en efecto, el contenido del contrato celebrado entre el enfermo o su familia y aquel que, médico o no médico, hospitaliza al enfermo (Director de la clínica, de casa de salud, de asilo de alienados de casa de reposo, etc.)? La situación es aquí diferente de aquella del cliente de un hotel. *Por el hecho de su estado el enfermo no tiene la misma libertad y no se quiere (él o su familia) que la tenga: se confía enteramente a la clínica la tarea de garantizar su seguridad; se le confía esto a ella; se exige que no se produzca ningún accidente, solamente la prueba de la causa extraña liberará a aquel que hospitaliza a un enfermo*". (He subrayado).

"A pesar de las dudas jurisprudenciales, nos parece que la solución se impone cuando se trata de un alienado o de un gran nervioso, puesto que el fin esencial del contrato es el de asegurar —contra el enfermo mismo— la seguridad de éste ("Traite Theorique et Practique de la Responsabilidad Civile". T. I. Nº 159-2. Montchrestien, Paris, 1965)".

Seguidamente el censor se refiere a la opinión que sobre esa clase de obligaciones - obligación de seguridad -, expone el tratadista Alvaro Pérez Vivez quien, con cita de jurisprudencia de la Corte sostiene que "una de estas obligaciones de resultado es la llamada *obligación de seguridad* que va ínsita en ciertos contratos, v. gr. el de transporte, y que se discute en relación con otros... el contrato de trabajo, el de hospedaje, el de servicios médicos, el hospitalario..." ("Teoría General de las Obligaciones", Tomo II, Nº 148, Nota 15, Temis, 1954).

El contrato de hospitalización, prosigue en su argumentación el recurrente, por no tener el código una reglamentación precisa, se convierte en contrato mixto, es decir que por ser innominado, participa al mismo tiempo de la naturaleza de varios contratos típicos como son: de atención médica, hospedaje, suministro (alimentación y demás servicios), depósito de equipaje y *sobre todo cuidado y custodia del enfermo*. "Fue éste el análisis que se abstuvo de hacer el Tribunal y que de haberlo hecho habría deducido la existencia de una obligación de custodia y vigilancia de la enferma, de una verdadera obligación de seguridad y de resultado, a la que se refiere en forma casi unánime la doctrina".

Como entre las normas que considera infringidas el censor incluye algunas que reglamentan la responsabilidad extracontractual, explica que lo hace por cuanto la doctrina y la jurisprudencia las han acogido por analogía y han hecho extensivos sus efectos y su técnica a la responsabilidad civil contractual. Desde cuando se estableció la diferencia entre obligaciones *de medios* y *obligaciones de resultado*, sostiene, perdió interés la distinción entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual, pues que es la naturaleza de la obligación lo que impone una técnica en materia de prueba: si es de medio, se requiere probar la culpa del demandado; en cambio, si es de resultado, se presume la culpa y el demandado tendrá que probar que el incumplimiento no se debió a culpa suya o causa extraña, si quiere liberarse.

Aplicando lo anterior a este litigio, concluye el casacionista, a pesar de existir una presunción de culpa contra la clínica, por cuanto el contrato de hospitalización celebrado con la parte demandante lleva implícita una obligación de seguridad, y a pesar de que tal presunción sólo la podía destruir mediante prueba de causa extraña, como la fuerza mayor, es lo cierto que la parte actora probó la culpa de ese establecimiento.

Finaliza el recurrente solicitando que case la sentencia recurrida y en instancia se confirme la del *a quo*.

SE CONSIDERA

1. Formulado un cargo dentro de la órbita de la causal primera de casación, por disponerlo así el código (Arts. 368-1 y 374), es indispensable que el recurrente señale las normas de carácter sustancial que considere

infringidas, entendiéndose por tales aquellas que en frente de una situación fáctica concreta declaren, creen, modifiquen o extinguen relaciones jurídicas también concretas. Y, en el caso que se examina, si bien es cierto que el recurrente indica una serie de normas de esa índole, también lo es que entre las relacionadas como infringidas por el Tribunal incluye algunas que no tienen ese carácter, como sucede con los artículos 68, 1494, 1495, 1496, 1498, 1527 del Código Civil y el 5º de la Ley 153 de 1887, fuera de lo cual agrega como violada por inaplicación la norma del artículo 1192 del Código de Procedimiento Civil que no existe.

2. De otra parte, se observa que si el recurrente acepta, como efectivamente lo ha reiterado a lo largo del proceso y también ahora, que entre las partes existió un contrato de hospitalización y que la responsabilidad que se predica de la demandada es la derivada del incumplimiento de dicho contrato, como también lo entendió el Tribunal, no resulta ajustado a la técnica del recurso extraordinario que el impugnante se duela que no se hayan aplicado al caso las normas que regulan la responsabilidad extracontractual.

Además, al expresar el censor en el desarrollo del cargo que el Tribunal, partiendo de un erróneo concepto del contrato de hospitalización, que fue el acreditado en el proceso, "violó directamente las normas relacionadas —con incidencia definitiva sobre la parte resolutiva de la sentencia— en razón de haber negado el alcance de esos textos legales, estructurales y reglamentarios de la responsabilidad contractual", lo que en el fondo le imputa el sentenciador, incurriendo en grave contradicción, es haber errado acerca del contenido de las normas denunciadas como infringidas; o dicho con otras palabras, que violó dichas disposiciones por interpretación errónea, la cual se presenta cuando siendo la que corresponde al caso litigado "se la entendió sin embargo equivocadamente y así se la aplicó". Y como, precisamente, esta forma de infracción de la norma supone la aplicación al caso, tal concepto de violación resulta incompatible con la falta de aplicación que en el encabezamiento del mismo cargo denuncia el recurrente.

"Interpretar erróneamente un precepto legal es, pues, aplicarlo al caso litigado por ser el pertinente, pero atribuyéndole un sentido o alcance que no le corresponde. De consiguiente, el quebranto de una norma sustancial, en la especie de interpretación errónea, como lo ha sostenido la Corporación, excluye la falta de aplicación de la misma; y excluye igualmente la aplicación indebida, porque en el caso del yerro hermenéutico se aplica la disposición legal que corresponde, pero con una inteligencia que no puede dársele, en tanto que en la aplicación indebida se emplea el precepto que no corresponde al caso litigado" (Cas. 22 de septiembre de 1972, *G. J.*, CXLII, Pág. 168).

3. Finalmente destácase, en forma reiterada ha sostenido la doctrina de la Corte que a la violación de la ley sustancial, que constituye el fundamento de la causal primera de casación, se puede llegar de dos maneras diferentes: por vía directa o por vía indirecta. Por la primera, se infringe la norma, por contraposición a lo que a la vez constituye el fundamento esencial de la violación indirecta, que por el sentenciador no

se haya incurrido en yerro alguno de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas; y que de consiguiente no existe reparo o tacha qué oponer contra los resultados que en el campo de la cuestión fáctica hubiere encontrado el fallador, como consecuencia del examen de la prueba.

"En la demostración de un cargo por violación directa, el recurrente no puede, por consiguiente, separarse de las conclusiones que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal. En tal evento, como lo ha dicho la Corte, la actividad dialéctica del impugnador tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales que considere no aplicados, o aplicados indebidamente, o erróneamente interpretados; y en todo caso con absoluta prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el Tribunal haya hecho en relación con las pruebas" (Cas. febrero 17 de 1972, *G. J.*, t. CXLII, 1ª parte, Pág. 46).

Y, es lo cierto, en el caso que es materia de estudio, de la sola lectura del cargo se advierte que, a pesar de haberse formulado claramente por violación directa, en la sustentación el censor afirma que el Tribunal no vio que el contrato de hospitalización que fue el celebrado por las partes y demostrado en el proceso lleva implícita una obligación de custodia y vigilancia y que no obstante existir una presunción de culpa en contra de la clínica, la parte demandante probó culpa del establecimiento. Es decir, que el cargo viene edificado sobre supuestos errores en la apreciación de las pruebas que darían pie para una acusación por la vía indirecta.

Las observaciones anteriores indican que el cargo resulta improcedente.

Cargo segundo. Sostiene el casacionista que dejaron de aplicarse los artículos 63, 1604, 1610, 1613, 1614, 1615, 1616, 1618, 1621, 1622, 2347, 2341, 2348, 2356, 1494, 1495, 1496, 1498, 1501, 1527, inc. 1º, 1602, 1603 del Código Civil, 5º y 8º de la Ley 153 de 1887, 871 y 1192 del Código de Comercio y además, los artículos 175, 176, 179, 180, 187, 228, 232, 241, 233, 248, 249, 250, 251, 252 y 279 del Código de Procedimiento Civil.

Afirma que el *ad quem* incurrió en tales infracciones a causa de errores de hecho en la apreciación de la historia clínica "de la paciente Bricelda de Rodríguez (folios 37 y ss., Cdno. 1º) y del certificado médico de Seguros Voluntarios, que dan cuenta del accidente cerebro-vascular de la enferma y de toda la trayectoria de su grave anomalía"; de la diligencia de inspección judicial en la cual se interrogó al médico Juan Ruiz Mora; de la declaración del médico Guillermo Laverde R.; del certificado que expidió este profesional; de los testimonios de Cecilia Rozo Zabala, Flor María Joya González, María Isaura Acosta Jiménez y Blanca Delia Rivera de Montoya; de la declaración de los médicos Gustavo Cala, Jorge Cavelier Gaviria y Jaime Wiesner Durán.

El casacionista hace la siguiente exposición:

"Es indudable honorables Magistrados, que los errores de hecho puntualizados tuvieron incidencia en la parte resolutiva del fallo impugnado. Sin esos yerros fácticos el Tribunal no hubiera quebrantado las

normas sustanciales reguladoras de la responsabilidad civil que se origina en el incumplimiento de un contrato de la naturaleza del *sub lite* y habría fundado su decisión sobre bases diferentes, dando aplicación efectiva a las normas legales que reglamentan la responsabilidad civil y a la abundante doctrina y jurisprudencia, en virtud de las cuales se ha dado desarrollo a esos textos sustanciales.

"La apreciación errónea, en unas ocasiones, y, la falta de apreciación, en otras, de las pruebas procesales, impidieron al Tribunal inferir que la clínica demandada comprometió su responsabilidad civil contractual y debe indemnizar los perjuicios solicitados en la demanda, en razón de existir un contrato de prestación de servicios médicos y de hospitalización válido, y estar en presencia de la violación de una obligación de resultado, la obligación de *seguridad* que el tal contrato imponía. Máxime, si se tiene en cuenta la naturaleza de la enfermedad de la paciente y la actividad habitual de la clínica al atender enfermos de ese tipo, es decir, enfermos con afecciones mentales y neurológicas. Todo lo cual le impuso la obligación de *vigilancia y custodia* permanente de la enferma.

"O, de lo contrario, la clínica no ha debido hacerse cargo de la paciente, o, ha debido cancelar el contrato hospitalario cuando advirtió que no estaba en capacidad de controlarla para cumplir esa obligación de seguridad.

"No se concibe que el dicho del propio Gerente de la Clínica y el de los médicos —en el sentido de que la institución no estaba obligada a la custodia permanente de la enferma, porque era deber de la familia asignarle enfermera especial—, lo haya tomado el Tribunal como base para calificar la naturaleza del contrato hospitalario y para exonerar a la demandada. Es inconcebible también que el dicho de las enfermeras en el sentido de que la paciente se quería ir del establecimiento, haya servido para liberar de responsabilidad a la clínica.

"Sin los yerros fácticos que he señalado, el Tribunal se habría percatado de que está demostrada la culpa de la clínica en la violación de la obligación de seguridad —culpa que dentro del sistema de la responsabilidad civil que en este caso es pertinente y aplicable—, *se presume contra el demandado*, por tratarse del incumplimiento de una obligación de resultado y no de una simple obligación de medios o de mera prudencia y diligencia.

"Es equivocado el argumento del Tribunal cuando dice que no existe prueba específica y literal en la que conste que la clínica se obligó a prestar custodia permanente a la enferma.

"Es la naturaleza del contrato hospitalario, examinado a la luz de doctrina y jurisprudencia actuales sobre la responsabilidad civil no extrañas a nuestro medio jurídico, la que impone a la clínica la obligación de seguridad. Vale decir, la obligación de garantizar la integridad del enfermo y más de un enfermo con los padecimientos que afectaban a Briceida de Rodríguez obligación que consecuencialmente le imponía el deber de custodia y vigilancia permanentes.

"El antecedente de haberse escapado con anterioridad la paciente del centro hospitalario y la permanente obsesión de volverlo a hacer, según el dicho de las enfermeras que la atendían esporádicamente, pone más de presente la culpa de la clínica, pues, ante tales circunstancias ha debido extremar los cuidados en vez de esperar que los parientes de la hospitalizada le llevaran una enfermera permanente, como si la obligación de seguridad, implícita en el contrato hospitalario, pesara sobre ellos —acreedores más bien respecto a esa obligación.

"Debido a los yerros fácticos señalados, el Tribunal violó indirectamente las normas sustanciales que he enumerado, con incidencia indudable sobre toda parte resolutiva de la sentencia".

SE CONSIDERA

1. *Superada la discusión acerca de si la responsabilidad de los médicos y de las clínicas es contractual o extracontractual en el sentido que se la debe ubicar dentro de la del primer tipo, la investigación de la doctrina y la jurisprudencia se han propuesto precisar el contenido de las obligaciones que a virtud de tales contratos asumen los médicos y los establecimientos para la hospitalización de pacientes, contenido que desde luego, variará según la naturaleza de la afección que padezca el enfermo y la especialización misma de los servicios que preste la entidad.*

Con relación a las obligaciones que el médico asume frente a su cliente, hoy no se discute que el contrato de servicios profesionales implica para el galeno el compromiso si no exactamente de curar al enfermo, sí al menos de suministrarle los cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia, según expresiones con que la jurisprudencia francesa describe su comportamiento. Por tanto, el médico tan solo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación.

2. *Si, en orden a determinar el contenido de las obligaciones originadas en los contratos de hospitalización, se examina esta clase de acuerdos a la luz de las previsiones del artículo 1501 del Código Civil, resulta necesario admitir que de él, al igual que en los demás contratos, surgen para la entidad asistencial obligaciones que pertenecen a la naturaleza misma del acuerdo, que hacen parte suya en condiciones normales de contratación, tales como las de suministrar habitación y alimentos al enfermo, lo mismo que las drogas que le prescriban los facultativos, la de un debido control y la atención por parte de los médicos residentes y enfermeras del establecimiento, que para excluirlas válidamente se debería pactar en contrario con tal que no se desnaturalice el contrato. Dentro de ese mismo género de obligaciones es indispensable también incluir la llamada por la doctrina obligación de seguridad, en este caso de seguridad personal del enfermo, que impone al centro asistencial la de tomar las medidas necesarias para que el paciente no sufra algún accidente en el curso o con ocasión del cumplimiento del contrato.*

Además de esas obligaciones, pueden distinguirse en el contrato de hospitalización otras que no son de la esencia ni le pertenecen por su naturaleza, sino que requieren de estipulaciones especiales, como los servicios de laboratorio, Rayos X, enfermera permanente, custodia y vigilancia especial, acompañante, etc. Se trataría en este caso de estipulaciones que, al decir de la doctrina de los autores, imprimen a los efectos jurídicos propios del contrato una dirección diferente a la establecida por las normas subsidiarias del derecho, por ejemplo agravando o atenuando la responsabilidad del deudor, señalando plazos o condiciones, etc.

3. *En armonía con lo dicho se tiene que, en virtud del contrato de hospitalización, el establecimiento asume frente al enfermo una obligación de seguridad que le impone la de evitar que le ocurran accidentes con motivo o con ocasión del cumplimiento del contrato, obligación que comprende también la de "custodia y vigilancia" si se trata de establecimientos para enfermos con afecciones mentales, pues en tal caso además del tratamiento se busca la propia seguridad personal. De tal suerte que si trata de hospitales o clínicas que prestan servicios generales, distintos de los psiquiátricos, y por causa de la clase de padecimientos que presenta el enfermo, éste requiere de una enfermera permanente o de una "custodia y vigilancia" especial, el contrato de hospitalización requerirá de una estipulación expresa respecto de la prestación de ese servicio, por cuanto en tal caso no sería de su naturaleza.*

Naturalmente, en la práctica pueden presentarse situaciones que no correspondan exactamente a las planteadas, verbigracia que a un alienado, dada la urgencia del caso, se le tenga que hospitalizar en un establecimiento de servicios generales o que habiendo ingresado a él una persona para recibir los servicios que ordinariamente ofrece, durante el tratamiento presente síntomas de anomalías o perturbaciones mentales que requerirían, entonces, de cuidados especiales. En tales eventos, la solución exigirá de consideraciones también particulares de acuerdo con todas las circunstancias del caso.

4. En el caso *sub examen*, con aplicación al contrato que José Heriberto Rodríguez había celebrado con la compañía de Seguros Médicos Voluntarios S. A. y haber elegido aquél la Clínica la Magdalena de esta ciudad, la aseguradora expidió el 17 de enero de 1978 una carta de autorización para que el afiliado hospitalizara allí a su esposa Briccida Pérez de Rodríguez y recibiera la atención requerida para el tratamiento de una trombosis cerebral de origen hipertensivo, según el diagnóstico hecho por el médico tratante Guillermo Laverde R. Ese mismo día fue hospitalizada y sometida a las prescripciones del médico durante varios días; ocurrió que no obstante su recuperación casi total, el 2 de febrero siguiente, desapareció del establecimiento y hallado luego su cadáver el día 3 en el anfiteatro de medicina legal de Bogotá, habiendo muerto en cercanía de Soacha (Cundinamarca) kilómetro 8, atropellada por un vehículo.

5. Las partes, como lo destacó el Tribunal en su fallo, no discuten la existencia del contrato de hospitalización ni acerca del diagnóstico del padecimiento presentado por la paciente y la forma como evolucionó la enfermedad; tanto el médico tratante como el residente de la clínica

sostienen que "...faltando tres días para el abandono de la clínica por parte de la paciente, empezó a presentar signos de desorientación en tiempo y espacio" como textualmente lo expresó este último. La discrepancia se presenta respecto del contenido de las obligaciones asumidas por la clínica, pues sostienen sus directivas que no está obligada a prestar los servicios de custodia y vigilancia en favor de los pacientes que a ella ingresan, por cuanto éstos serían deberes propios de una clínica psiquiátrica y ella no lo es, ya que su fin es atender cirugía general y maternidad; en tanto la parte demandante alega que como es de la naturaleza del contrato esa custodia y vigilancia, a pesar de que no trate de un establecimiento psiquiátrico, la evolución de la enfermedad demandaba de ella extremar los cuidados, que de haberlos tomado la enferma no se habría escapado de sus instalaciones con los resultados de que dan cuenta los elementos de prueba que obran en el proceso. De allí que el casacionista, al sustentar el recurso, sostenga que el Tribunal, a causa de la errónea apreciación de la prueba del contrato, le hubiera desconocido su naturaleza y restringido sus alcances.

6. Un examen de los elementos de prueba en que se apoya la sentencia del Tribunal exterioriza lo siguiente:

a) Con arreglo al contenido de la Carta enviada por la Compañía de Seguros Médicos Voluntarios S. A. a la Clínica la Magdalena, en virtud de los amparos consignados en la póliza, el beneficiario tenía derecho a la habitación para la enferma, lo cual comprendía: alimentación y servicio de enfermería, y derecho a servicios hospitalarios que incluyen: Sala de cirugía, anestesia, anestesista, drogas, laboratorio, Rayos X y transfusiones de sangre;

b) Según la constancia expedida por el médico tratante Guillermo Laverde R. que la parte demandante acompañó al libelo introductorio del proceso y que posteriormente reconociera al rendir declaración, expresa el galeno que Briceida Pérez de Rodríguez fue hospitalizada en la Clínica la Magdalena el 17 de enero de 1978, sitio del cual desapareció el 2 de febrero siguiente; que fue tratada para "una trombosis cerebral de origen hipertensivo de la cual se estaba recuperando casi en su totalidad, pero aún persistía cierto grado de desorientación temporoespacial como es lo común en esta enfermedad";

c) El médico de planta y residente de la Clínica la Magdalena, Gustavo Cala Gutiérrez, expresó en su declaración que "...varias ocasiones tuve la oportunidad de visitar la paciente referida, lo mismo que valorar la evolución clínica de la misma, habiendo presentado una mejoría progresiva de su sintomatología, ya que a los cinco días empezó a ingerir líquidos por la vía oral y a los diez días ya comía normal, y deambulando normalmente, faltando tres días para el abandono de la clínica por parte de la paciente, empezó a presentar signos de desorientación en tiempo y espacio, lo mismo que manifestaba muchos deseos de estar en su casa". Esta última aseveración del médico Cala Gutiérrez es ratificada por las enfermeras y auxiliares de la clínica Cecilia Rozo Zabala, Flor María Joya González, María Isaura Arausta Jiménez y Blanca Delia Rivera de Montoya, quienes dicen que en los últimos días la paciente manifestaba

de modo insistente que no quería permanecer en la clínica porque se sentía muy sola.

Los elementos de prueba hasta ahora referidos permiten inferir, de una parte, que Briceida Pérez de Rodríguez fue hospitalizada en la Clínica la Magdalena por orden del médico neuro-cirujano Guillermo Laverde R., para un tratamiento de "trombosis cerebral de origen hipertensivo", tratamiento que ordinariamente atiende la clínica y, de otra, que la enfermedad respondió normalmente al tratamiento, pero pocos días antes de que la paciente abandonara el establecimiento empezó a presentar signos de desorientación espacio-temporal, al tiempo que expresaba a las enfermeras su deseo de regresar a la casa, pues que se sentía muy sola y que, por lo que indican los demás elementos de prueba, se tornó en obsesión.

7. Frente a esas circunstancias sobrevinientes ¿cuál ha debido ser la conducta de la clínica, dadas las condiciones dentro de las cuales asumió prestar sus servicios asistenciales a Briecida Pérez de Rodríguez? El recurrente sostiene que ha debido extremar los cuidados a la enferma en vez de esperar que los parientes le llevaran una enfermera permanente o proceder a cancelar el contrato hospitalario cuando advirtió que no estaba en capacidad de controlarla para cumplir con su obligación de custodia y vigilancia.

Como se ve, en tales condiciones importa saber si por tratarse de una enferma de tipo neurológico, la clínica asumió esa obligación especial de vigilancia y custodia en que a todo lo largo del proceso ha insistido la parte recurrente.

Ahora bien, según lo visto anteriormente, dados la sintomatología y diagnóstico presentados por la paciente al momento de su ingreso a la clínica y la clase de servicios que ésta presta, dicha obligación no resultaba ser de la naturaleza del contrato. Y, si se vuelve sobre la carta de autorización expedida por la Compañía de Seguros Médicos Voluntarios, se verá cómo allí no se consigna ninguna estipulación especial en ese sentido. Por el contrario, entre los servicios excluidos en la póliza se encuentran los de acompañante, extras de comedor, teléfono y "servicio de enfermera especial", lo que indica que si la paciente requería de ese servicio era indispensable su contratación adicional.

De otra parte, si se examinan los demás elementos de prueba que obran en el plenario, cuya apreciación errónea o falta de apreciación, según el recurrente, llevaron al Tribunal a dejar de aplicar las normas citadas en el cargo, podrá constatarse cómo por cuanto la compañía de seguros no cubría ese gasto de enfermera que vigilara en forma permanente a la paciente y que el estado de gravedad así lo exigía, se les puso de presente a los parientes tal circunstancia y ellos asumieron esa vigilancia y custodia.

En efecto, Guillermo Laverde R., médico tratante, expresó al rendir su testimonio: "...Yo mismo insinuó la conveniencia de que se le pusiera una enfermera permanente porque su estado era crítico en el momento de ingresar a la clínica, lo cual comuniqué a sus familiares... esa insinuación mía no se cumplió quizá por el costo mayor que demanda la clí-

nica..."; "...les advertí que deberían vigilarla permanentemente, dada la gravedad clínica de la enferma, la reacción fue positiva, en principio aceptaron y a mí me consta que pasaban el mayor tiempo acompañando a la señora..." (Fol. 1, Cdno. Nº 3).

Jaime Emilio Wiesner Durán, al preguntársele por las medidas de seguridad que ordinariamente toma la clínica, manifestó: "El paciente que requiere atención especial por algún motivo se le ordena enfermera especial, lo cual quiere decir que la enfermera debe permanecer con el paciente las veinticuatro horas del día, esa enfermera no se ordena sino por el médico tratante, cuando éste lo juzgue conveniente, y cuando los parientes lo soliciten;..., en cuanto a enfermería general, dos enfermeras por cada piso pasan revista periódicamente a cada uno de los pacientes, y cualquier irregularidad se la reportan a la enfermera jefe, o bien directamente al médico tratante, para que éste tome las medidas necesarias...". "Las salidas de la clínica de los enfermos sólo las autoriza el médico tratante...". Y agrega: "...aun sin consentimiento del médico tratante, si los familiares lo piden, se coloca enfermera permanente... Ella abandonó la clínica vestida como cualquier visitante... Solamente las clínicas psiquiátricas o psicológicas mantienen ese tipo de vigilancia permanente en razón del tipo de pacientes que atienden..." (Fol. 4 vto. ib.).

Manuel Antonio Rodríguez Latorre, hermano del demandante, dice "que por recomendación de su hermano consiguió la clínica y el médico Laverde... el médico sugirió o recomendó una enfermera o una compañía. Nosotros averiguamos cuánto podía costar el servicio de una enfermera y nos pidieron no sé si $ 600.00 y 700 diarios, suma que creo es imposible pagar por parte nuestra, por las condiciones económicas. Y por esa razón optamos porque la compañía fuera una de las hijas, Margarita, quien estuvo con ella día y noche hasta unos tres días antes de la muerte". Insinúa que Cecilia Rozo días antes de la muerte le dijo que como la señora estaba bastante recuperada ya no necesitaba de la compañía de la hija, que no se justificaba la compañía (Fol. 9 vto. ib.).

Cecilia Rozo Zabala, jefe de enfermeras de la clínica, expresa: "En dos ocasiones insinuó a una de las hijas la conveniencia de ponerle enfermera permanente, la hija me contestó en ambas oportunidades que lo iban a pensar... una de las hijas, la acompañó en los primeros días, con frecuencia, después por motivos de trabajo de la hija, la acompañaba un ratico en la tarde o en la mañana, nada más... el día de la fuga, siete de la mañana, a esa hora me informaron de que la paciente había abandonado la clínica a las seis de la mañana, a esa hora el personal del turno la buscó por los alrededores de la clínica y la encontraron y la convencieron para que regresara nuevamente a la clínica, una vez en la unidad la paciente insistía en que la dejaran ir, que estaba aburrida porque se sentía muy sola, más o menos a las nueve de la mañana me avisaron que la paciente nuevamente había desaparecido de la unidad, inmediatamente las enfermeras de turno salieron a buscarla por los alrededores de la clínica, sin encontrarla por ninguna parte... ordené que se le avisara al médico tratante y a los familiares... al médico le dejaron razón en la casa... Doña Briceida Pérez de Rodríguez insistía con los familiares en

que la llevaran a la casa, particularmente en los últimos días que permaneció en la clínica, les decía que no quería permanecer más en la clínica porque se sentía muy sola, que la compañía de los familiares le hacía falta, que estaba muy aburrida... que la labor de ellas es la de enfermería, pero no la de vigilancia como si se tratara de enfermos mentales o reclusos..." (Fol. 9 vto., Cdno. Nº 4).

Flor María Joya González, Auxiliar de Enfermería, dice que: "Le toeó recibirla al ingreso... estaba semi-inconsciente, con la droga y el tratamiento médico se recuperó rápidamente... que se quejaba de la soledad... y del aburrimiento en la clínica... la noche víspera que estaba de turno, ella no se dejó suministrar la droga que le correspondía, en la noche no durmió casi ...por la mañana la arregló... y al regresar no estaba en la pieza... y la encontraron a las dos cuadras en un andén esperando bus..." (Fol. 14 ib.).

Blanca Delia Rivera de Montoya, también auxiliar de enfermería, informa que el día que se fugó Bricelda no se dejó tomar los signos vitales; que llamó al médico tratante y a los familiares y no estaban pero les dejó razón; que le recomendaron enfermera especial a la familia pero no le consta que también el médico se las hubiera recomendado. Reconoce como suyas las anotaciones de la historia clínica hechas en el día 1º de febrero de 1978 (Fol. 43 C. P.). Preguntada por el sentido de la expresión "no coordinaba las ideas", contestó: "Pues a lo último sí parecía que estuviera consciente, al recibir el turno no parecía consciente, pero a medida que transcurría el tiempo se iba dando cuenta de lo que decía..." (Fol. 16 ib.).

María Isaura Acosta Jiménez, enfermera, dice que días antes de irse se notaba un poco nerviosa, aburrida y decía que se quería ir; manifiesta, además, que es compañera de Blanca Delia Rivera y que ésta le comentó que le había insinuado a los familiares enfermera especial o que se quedara un familiar y "ellos no quisieron" (Fol. 2 vto.).

Gustavo Cala Gutiérrez (Fol. 25), médico de planta y residente de la clínica dijo en su declaración que "...tres días antes del abandono de la clínica por parte de la paciente, empezó a presentar signos de desorientación en tiempo y espacio, lo mismo que manifestaba muchos deseos de estar en su casa..."; en vista de ello "insinué al servicio de enfermería dicha necesidad (conveniencia de una enfermera permanente), especialmente por tratarse de una paciente de tipo neurológico en la cual debido a su enfermedad en cualquier momento podía presentarse alteraciones de conducta...". A una pregunta si la clínica estaba obligada a prestar servicio de "custodia y vigilancia permanente", contestó: "En ningún momento la clínica está obligada a ejercer dicha vigilancia, ya que ella requeriría la disponibilidad de una enfermera para cada paciente... por lo cual se dejaba a criterio de cada médico tratante la necesidad de ordenar enfermera especial para su paciente, lo cual debe quedar escrito en la respectiva historia clínica". Dice más adelante que "En ciertos momentos de congestión es difícil que el personal de la administración pueda darse cuenta que un paciente salga". Reconoce como suyos los escritos a folios 44 y 45 del C. P. que contiene un resumen de la historia clínica de Bricelda Pérez de Rodríguez. A otra pregunta manifestó:

"Como todo caso neurológico, de los que a diario se tratan en la Clínica de la Magdalena, son casos que requieren especial atención teniendo en cuenta la evolución clínica de cada caso, pero advirtiendo en gran cantidad de casos neurológicos del tipo a que hacemos referencia, por experiencia propia, es obligación y responsabilidad del médico tratante el poner a disposición del paciente una enfermera especial, dando aviso de ello a la familia y si por cualquier circunstancia la familia no puede o no desea dichos servicios, el médico tratante debe advertirles el riesgo que corre el paciente al no serle prestado dicho servicio. La clínica "sí presta servicios de neurología en la misma forma que las demás especialidades". "La clínica en vista de la alteración temporo-espacial de la paciente, insinuó a la familia y al médico tratante, la necesidad de que le pusieran una enfermera especial que cuidara de la enferma día y noche. Se insinuó y recomendó a la enfermera jefe y personal de enfermeras, dentro de sus posibilidades de trabajo, poner cuidado a las actitudes de esta enferma" (Fol. 25 ib.).

5. Si, como objetivamente lo demuestran los elementos de prueba reseñados, la clínica no asumió la obligación de suministrar vigilancia permanente de la enferma, de cuya necesidad tanto el médico tratante como las directivas del establecimiento advirtieron a los parientes, quienes optaron por llevarla a cabo ellos mismos, ciertamente no se evidencian con carácter de ostensible los errores que en la apreciación de tales pruebas le atribuye el censor al Tribunal sentenciador.

No se vislumbran, pues, los errores de hecho en que habría incurrido el sentenciador en la apreciación de las pruebas, ni tampoco el quebranto de las normas sustanciales que indica la censura. De consiguiente, ninguno de los cargos está llamado a prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida el 11 de marzo de 1983 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Bolero.

Inés Galvis de Bonavides
Secretaria.

IMPERATIVOS JURIDICOS

Deberes, obligaciones y cargas procesales. Características de las cargas procesales.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

Bogotá, D. E., 17 de septiembre de 1985.

Decídese el recurso de reposición interpuesto por la demandada Margarita Triarte contra el auto por el cual la Corte inadmitió la demanda de casación y, consecuencialmente, desierto el recurso concedido a esa misma parte, dentro del proceso ordinario que le promovió el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Mediante auto de veinte de agosto último, por haber encontrado la Corte que la parte recurrente no había dado cumplimiento a lo dispuesto por el inciso final del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el último inciso del artículo 386 ibidem, al no haber cancelado el valor de las costas que se le habían impuesto en el incidente de excepciones previas, le inadmitió la demanda oportunamente presentada.

2. Previamente a la sustentación del recurso de reposición formulado contra tal decisión, el recurrente manifiesta a la Corte que no obstante que le asisten dudas acerca de si los honorarios originados en la tramitación del incidente de excepciones le fueron cancelados directamente al abogado de la contraparte, procede a depositar en el Banco Popular el valor que arrojó la liquidación de las costas.

3. Al exponer las razones en las cuales se apoya para solicitar se revoque el auto que inadmitió dicha demanda y, en su lugar, se ordene la prosecución del trámite del recurso, expresa en síntesis el reposicionista:

a) Que como durante la tramitación de la primera instancia la parte demandante le solicitó al Juez le aplicara a la demandada la sanción de que no se le oyera, precisamente, por el no pago de las costas debidas sin que hubiera accedido a ello, la falta de insistencia de esa parte en el mismo sentido ha de entenderse como un desistimiento para hacer efectiva tal sanción;

b) Que siendo verdad que la sanción prevista por los artículos 388 y 393 del Código de Procedimiento Civil busca darle seriedad al proceso cuando se aplica oportunamente, también lo es que su aplicación sorpresiva no armoniza con los postulados que consagran los artículos 4º y 365 del mismo ordenamiento, que se refieren al objeto del procedimiento y a los fines de la casación;

c) Que a causa de su contenido económico, esa obligación patrimonial relativa al pago de las costas puede condonarla el acreedor de manera expresa o tácita y puede cesar en su persecución deliberadamente o por simple inactividad, como sucede en el caso de este proceso;

d) Finalmente, dice el reposicionista, que a su juicio los deberes procesales consagrados por el Código no van hasta autorizar la declaratoria oficiosa de la pérdida de un derecho procesal del deudor de costas, tanto menos cuando la competencia de la Corte se halla limitada a lo que es objeto del recurso de casación y por lo mismo no le es permitido examinar cuestiones relativas a las instancias.

1. *De los que la doctrina procesal ha dado en denominar* imperativos jurídicos, *en el desarrollo de la relación jurídico-procesal se distinguen los deberes, las obligaciones y las cargas procesales que imponen tanto al Juez como a las partes y aun a los terceros que eventualmente intervengan, la observancia de ciertas conductas o comportamientos de hondas repercusiones en el proceso. De esos imperativos, los primeros se hallan instituidos por los ordenamientos rituales en interés de la comunidad, las obligaciones en pro del acreedor y las últimas en razón del propio interés.*

Son deberes procesales *aquellos imperativos establecidos por la ley en orden a la adecuada realización del proceso y que miran, unas veces al Juez (Art. 37 C. de P. C.), otras a las partes y aun a los terceros (Art. 71 ib.), y su incumplimiento se sanciona en forma diferente según quien sea la persona llamada a su observancia y la clase de deber omitido (arts. 39, 72 y 73 ibidem y Decretos 250 de 1970 y 196 de 1971). Se caracterizan porque emanan, precisamente, de las normas procesales, que son de derecho público, y, por lo tanto, de imperativo cumplimiento en términos del artículo 6º del Código.*

Las obligaciones procesales *son, en cambio, aquellas prestaciones de contenido patrimonial impuestas a las partes con ocasión del proceso, como las surgidas de la condena en costas que, según lo explica Couture, obedecen al concepto de responsabilidad procesal derivada del abuso del derecho de acción o del derecho de defensa. "El daño que se cause con ese abuso, dice, genera una obligación de reparación, que se hace efectiva mediante la condenación en costas". ("Fundamentos del Derecho Procesal Civil", número 130).*

Finalmente, las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal o inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso.

Como se ve, las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones; empero, si quiere obtener determinados resultados tendrá que cumplirlas; de no, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables. Así, por ejemplo probar los supuestos de hecho para no recibir una sentencia adversa a sus pretensiones.

5. Numerosas y variadas son las cargas y obligaciones que nuestro Código de Procedimiento Civil impone a las partes y aun los terceros que intervengan en el desarrollo de los procesos para su normal culminación; y, a veces, a una obligación, sin desvirtuar su naturaleza, le atribuye los mismos efectos que a las cargas procesales. Así, se tiene que el artículo 359 impone a las partes la obligación de pagar los honorarios de los peritos y el 392 la de pagar las costas y luego los artículos 391 y 395 establecen que esas prestaciones se podrán cobrar ejecutivamente.

Con todo y por lo que a las costas liquidadas se refiere, para que el deudor no burle su obligación, ni lance necesariamente al acreedor a una dispendiosa ejecución, como lo explican los redactores del Código, el legislador le atribuyó a dicha obligación las características y tratamiento de una carga procesal, al establecer en el artículo 393 in fine que "al deudor de costas cuya liquidación haya sido aprobada, se aplicará lo dispuesto en el último inciso del artículo 358", aparte que a su vez establece que "la parte deudora no será oída, sin necesidad de requerimiento, hasta cuando presente el título de depósito, a menos que se trate de interposición de recursos o de petición de pruebas".

No ser oído quiere decir, según tales mandatos, que cuando se formule una solicitud subsiguiente a la ejecutoria del auto que aprueba la liquidación de costas, pues no es menester requerimiento y la sanción opera automáticamente, no podrá atenderse por el Juez hasta tanto dé cumplimiento a la carga. Desde luego, los derechos y oportunidades procesales que habría podido hacer valer quien soportaba la carga no revivirán por el hecho de que se cumpla tardíamente, pues ya los había afectado el fenómeno de la preclusión. Así lo ha sostenido y aplicado la Corporación como puede verse, entre otros: Autos de agosto 9 de 1982, abril 20 de 1983, marzo 27 y 29 de 1984, abril 2 y 23 de 1984, junio 12 de 1984 y enero 21 de 1985.

6. En el caso de este recurso se presentó precisamente, la situación contemplada en los artículos 358 y 393 del Código, pues habiéndose impuesto a la parte demandada la obligación de cancelar unas costas liquidadas y aprobadas no lo hizo en oportunidad y como dicha carga continuaba pendiente cuando se formuló la demanda de casación, tal circunstancia la hacía acreedora a la sanción de no ser oída, y efectivamente no lo fue, tal como quedó consignado en el auto recurrido.

El argumento que plantea el recurrente en el sentido de que como la parte acreedora de las costas ha cesado en su empeño de hacerle efectiva la sanción, no puede hacerlo la Corte, y no sólo por ello sino también por la falta de competencia para examinar cuestiones ajenas a las instancias, ciertamente no resulta atendible. Pues, si bien es cierto que la naturaleza extraordinaria del recurso impone a la Corte ciertas limitaciones y que los fines que persigue la casación los definió expresamente el legislador, también lo es que, en virtud de los poderes que la jurisdicción le confiere, puede la Corte examinar y controlar aquellos aspectos que de algún modo inciden en el impulso de esa última fase del proceso, especialmente los que miran al control de la conducta de las partes con relación a los imperativos jurídicos arriba mencionados, como que no corresponden a funciones privativas de las instancias.

La circunstancia que por inadvertencia de los Jueces de instancia, a pesar del incumplimiento de una carga se haya oído a quien la soportaba, no obliga a la Corte a incurrir en igual conducta con menoscabo de los antecitados mandatos, pues ello equivaldría a admitir que la persistencia en el incumplimiento tuviese la virtud de hacer nugatoria tal sanción. Tampoco puede entenderse, como ya lo ha dicho la Corte, que el cumplimiento tardío y para efecto de solicitar reposición pueda hacer revivir una oportunidad procesal ya precluida.

7. Como corolario de lo expuesto, la providencia recurrida habrá de mantenerse, como en efecto se mantendrá.

Decisión

Por lo expuesto, NO SE REPONE el auto de 20 de agosto último proferido en este proceso en virtud del cual se declaró inadmisible la demanda de casación y, por consiguiente, desierto el recurso.

Cópiese y notifíquese.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

ARRENDAMIENTO DE LOCAL COMERCIAL

INDEMNIZACION POR DESALOJO INJUSTO. **Naturaleza: No constituye un derecho real de naturaleza mercantil, sino sigue siendo un derecho meramente personal y esencialmente relativo. Corresponde su ejercicio y por tanto la legitimación para deducirlo en juicio a quien sufra el daño, y de ese daño ha de responder reparándolo, quien lo ha causado por su culpa.**

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

Bogotá, D. E., 24 de septiembre de 1985.

Se decide el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Juan Manuel Aristizábal y Oscar Vélez Salazar, contra la sentencia proferida el 15 de octubre de 1982 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario de Francisco Hernán Cadavid González contra aquellos dos y José Liborio Mejía Gil.

I. ANTECEDENTES

Francisco Hernán Cadavid González demandó por la vía ordinaria a Juan Manuel Aristizábal Peláez, José Liborio Mejía Gil y Oscar Vélez Salazar para que fuesen condenados a indemnizarle los perjuicios que le causaron "por la violación de lo dispuesto en el artículo 522 del Código de Comercio, con relación al siguiente inmueble: un lote de terreno ubicado en la carrera 54 de la ciudad de Medellín, distinguido en su puerta de entrada con el número 50-43 alinderado así:...".

Como fundamento de hecho de esa pretensión expuso en su demanda lo que en seguida se resume:

a) Que "recibió en arrendamiento hace unos 18 años aproximadamente" el inmueble arriba mencionado y que los demandados incoaron demanda de lanzamiento en su contra ante el Juez Primero Civil Municipal de Mede-

lín "con base en que pretendían levantar en ese inmueble una edificación de varias plantas, de conformidad con planos debidamente aprobados por las autoridades administrativas correspondientes y que debido a ello y a la calidad de mercantil del bien para su destinación, pues allí funcionaba un negocio de venta y permuta de vehículos y parqueadero" y que lo habían desahuciado "en los términos del artículo 520 del Código de Comercio previa la notificación de la cesión por lo cual estaban habilitados para exigir la entrega";

b) Que el mencionado proceso culminó con sentencia que decretó el lanzamiento que se efectuó el 17 de septiembre de 1979;

c) Que el referido inmueble era sicato de un establecimiento de comercio que tenía bajo el nombre de "Parqueadero Herka";

d) Que "los demandados no dieron principio a las obras dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la entrega y hasta la fecha tampoco lo han hecho";

e) Que el demandado Aristizábal "es negociante de vehículos automotores, propietario de parqueaderos y establecimientos dedicados a la venta y permuta de esos productos y pretende establecer en el inmueble cuya entrega obtuvo un negocio similar";

f) Por último, el demandante enumera y detalla los daños que a su juicio le ocasionó la conducta de los demandados y cuyo resarcimiento pretende.

Los demandados Aristizábal y Vélez contestaron extemporáneamente la demanda y Mejía Gil lo hizo en forma tan vaga, que respecto de todos ellos se configura el indicio que consagra para esos casos el artículo 95 del Código de Procedimiento Civil, como lo consideró el Juez de primer grado.

Con aducción de pruebas de ambas partes culminó la primera instancia con la sentencia de fecha 13 de abril de 1982, en la que se despachó favorablemente la pretensión del actor respecto de Aristizábal y Vélez y se absolvió a Mejía. A los dos primeros se les condenó *in genere* al pago de la indemnización de perjuicios deprecada por el actor.

Habiendo apelado ambas partes del fallo en cuestión, fue reformado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín mediante el suyo fechado el 15 de octubre del mismo año, confirmando la condena proferida contra Aristizábal y Vélez, la cual se hizo extensiva al demandado Mejía, pero se señalaron cifras concretas; a la indemnización que asciende a la cantidad de $ 955.235.80 más intereses comerciales desde la fecha de presentación de la demanda, se declararon no probadas las excepciones propuestas por los demandados y se les condenó al pago de las costas procesales en ambas instancias.

Contra esta sentencia interpusieron casación los citados Aristizábal y Vélez, recurso que por estar debidamente tramitado se procede a decidir.

II. Motivación del fallo impugnado

Luego de transcribir el texto del artículo 522 del Código de Comercio, el Tribunal se expresa así:

"Una primera acotación se impone y es la que atañe al procedimiento que debe seguirse para el ejercicio de esta pretensión indemnizatoria por vulneración del derecho del arrendatario como acreedor de toda esa riqueza inmaterial que a su favor organiza el Código en los artículos 518 y hasta el 522".

El sentenciador estima que aunque el citado artículo 522 "reclama ritualmente el procedimiento del título IV 'De la regulación por expertos o peritos' que el mismo Código estructura en los artículos 2026 a 2032". Sin embargo, con respaldo en la opinión de tratadistas que transcribe y afirmando que semejante decisión ha sido adoptada ya anteriormente, considera que a tales normas debe aplicarse la excepción de inconstitucionalidad que consagra el artículo 215 de la Carta. Y como consecuencia concluye que debe darse aplicación a lo que dispone el artículo 396 del Código de Procedimiento Civil que ordena someter al procedimiento ordinario todo asunto que no tenga señalado uno especial.

"En cuanto al significado mismo del precepto del artículo 522 del Código de Comercio baste acotar —continúa el Tribunal— que estructura éste una obligación legal de indemnizar los perjuicios que ocasione al arrendatario desposeído, a cargo del dueño que desposea, cuando negándose a la renovación del contrato arguyendo necesitar la cosa para demolición, incumple la obligación de hacer que se prefija en término (sic). Una vez terminado el contrato de arrendamiento y destruido por lo mismo el vínculo con el arrendador, la exigencia de la indemnización de los perjuicios por incumplimiento de obligación legal tiene que formularse ante el dueño que incumplió, en pretensión de índole personal, que no real".

Asevera en seguida, luego de analizar las pruebas que obran en los autos, lo siguiente:

a) Que los demandados eran dueños del inmueble de que se trata el 4 de julio de 1977, cuando promovieron contra el actor el juicio de lanzamiento en el cual se declaró "terminado judicialmente el contrato de arrendamiento celebrado" entre ellos y el demandante en este proceso, y como consecuencia, se decretó el lanzamiento;

b) La calidad de arrendatario solidario del actor; y

c) Que en el inmueble objeto del arrendamiento este último tenía un establecimiento comercial destinado a la compra, permuta y estacionamiento de vehículos.

Sentadas esas bases y analizando el acervo probatorio concluye que la pretensión del actor está llamada a prosperar, como lo consideró el Juez *a quo*.

En seguida acomete el estudio de cuáles son los perjuicios indemnizables y los clasifica de la siguiente manera:

a) Gastos indispensables para la nueva instalación;

b) Valor actual de las mejoras necesarias y útiles que hubiere hecho el demandante en los locales entregados;

c) Lucro cesante.

En cuanto a ese primer factor de la indemnización, o sea, los gastos para la nueva instalación, con apoyo en las declaraciones testimoniales de Ledyn Villamizar, Luis Alfonso Jaramillo Marín, Eduardo Emilio Uribe Osorio, Rafael Pereira Coronado e Iván Díaz Díaz, llega a la conclusión de que su monto comprobado alcanza a la cantidad de $ 724.963.80.

Respecto de las mejoras efectuadas en el local de que era arrendatario el actor y que tuvo que desocupar por obra de los demandados, el Tribunal asevera que solamente están demostradas las redes de acueducto y alcantarillado, por valor de $ 129.310 y el afirmado del piso por $ 103.965 porque en la diligencia de lanzamiento que se llevó a cabo se pudo establecer que todas las demás las había retirado el arrendatario.

Por último, en cuanto al daño emergente y al lucro cesante, dice el sentenciador que de autos no hay prueba que acredite la existencia de perjuicios distintos a los ya determinados.

En cuanto a las excepciones propuestas por la parte demandada, el Tribunal, de manera un tanto confusa, se expresa así:

"Se llamaron cosa juzgada con referencia a tres nombres diversos al mismo hecho, consistente en la enajenación que hiciera Liborio Mejía de su derecho antes de culminar el proceso de lanzamiento. Ninguna prospera. Como que esa indemnización por mejoras hechas es renglón y concepto bien diverso del que incumbe al arrendatario en procesos comunes de lanzamiento y se adecua también a condiciones de efectividad del todo diversas, como que se atiende aquí apenas al hecho de haberlas construido o cumplido y tenerlas para el momento del desalojo y solamente a eso. Es también Liborio, como repetidamente se ha enfatizado a lo largo de la providencia, quien responde de esta obligación de indemnizar, cuotativamente por tercera parte, tal cual correspondía a su calidad de dueño que injustificadamente priva de su riqueza inmaterial al arrendatario, y tal como compete también a las pretensiones personales. Evidentemente toda esta legislación acentúa las medidas de protección para los locatarios estructurando un derecho personal de éste contra el propietario, derecho que puede oponer al propietario que le priva de su derecho de renovación del arrendamiento, sin que por lo demás la indemnización atisbe para nada al hecho de que el propietario se enriquezca o empobrezca con esa privación.

Se arguye muy vagamente y sin demostración fehaciente siquiera, una imposibilidad económica sobreviniente, hecho exceptivo que, no demostrado, no es por lo mismo siquiera exigente de un análisis en su naturaleza y alcances".

III. El recurso de casación

Interpuesto únicamente por los demandados Juan Manuel Aristizábal y Oscar Vélez Mejía, significa esto que tanto el actor como el demandado José Liborio Mejía se conformaron con lo resuelto por el Tribunal.

En la demanda se formulan cuatro cargos contra la sentencia impugnada, todos ellos dentro de la causal primera de casación y por aplicación indebida de los artículos 522 del Código de Comercio y 1612, 1613 y 1614

del Código de Comercio, salvo el primero, en el cual se acusa además ese mismo tipo de quebranto del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil y se presenta por la vía directa.

Primer cargo. Luego de transcribir un párrafo de la sentencia impugnada, en el que se considera que la calidad de arrendatario solidario legitimaba al demandante para promover por sí solo este proceso, sin el concurso de Ricardo Gaviria, dice el recurrente que "ello no corresponde a una sana interpretación del artículo 516 del Código de Comercio ni del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil".

Como fundamento de su acusación agrega que el artículo 516 del Código de Comercio, al precisar cuál bienes forman parte de un establecimiento de comercio, comprende en su numeral 4º las instalaciones del mismo, en el 5º los contratos de arrendamiento "y las indemnizaciones que, conforme a la ley, tenga el arrendatario".

De lo preceptuado en tales normas deduce que "es evidente y notorio el error de exégesis que implica el considerar que cada uno de los copropietarios del establecimiento comercial, individualmente considerado, tiene acción para cobrar indemnización, a título meramente personal y separado del condueño del establecimiento comercial, por perjuicios padecidos '. . . en razón de no habérseles concedido la renovación del contrato a la cual solidariamente tenían derecho. . .', como lo afirma el Tribunal en la sentencia en relación con el arrendatario demandante y aun del arrendatario que no comparece al proceso, el señor Ricardo Cadavid G.".

A juicio del recurrente, entre los dos Cadavid González existía una "relación jurídica que se deriva del hecho de ser copropietarios del establecimiento de comercio que funcionaba en el lote de terreno que ellos habían recibido en arrendamiento", luego toda controversia que se estableciera para determinar "el derecho a la renovación del contrato de arrendamiento, para determinar el derecho a la cuantía de las indemnizaciones a que se pueda tener derecho por la violación de ese derecho (sic) a la renovación del contrato de arrendamiento" no es posible resolverla sin la comparecencia de las personas que sean parte de tales relaciones, "en este caso concreto del coarrendatario solidario Ricardo Cadavid G. copropietario, con el demandante Hernán Cadavid G., del establecimiento comercial del cual forman parte todos esos derechos que en el proceso se discuten".

Se considera

Sin lugar a dudas, la controversia suscitada entre las partes gira alrededor de las disposiciones que contiene el Libro Tercero, Título III, Capítulo 3º del Código de Comercio, es decir, concierne a la protección que la ley otorga a los establecimientos comerciales y más concretamente al comerciante que es arrendatario del local donde desarrolla sus actividades frente del propietario-arrendador del mismo. Eso es la materia que reglamentan los artículos 518 a 523 del mencionado estatuto.

En efecto, el artículo 518 dispone que al cabo de dos años consecutivos de ocupación, a título de arrendamiento, "con un mismo establecimiento

de comercio" el empresario tiene derecho a la renovación del contrato al vencimiento del mismo, salvo las excepciones que ese mismo precepto señala.

La forma como está redactado el citado artículo indica que el derecho que consagra en favor del arrendatario tiene como sujeto pasivo el arrendador que al mismo tiempo sea propietario del local de comercio, aspecto que es corroborado en los artículos 518, en sus numerales 2º y 3º, 520 y 522 del Código de Comercio.

Durante el curso del proceso han sostenido los demandados que por haber sido el actor coarrendatario solidario del inmueble en el cual se localizaba un establecimiento mercantil, la pretensión indemnizatoria no puede ser deducida en el proceso sino con la presencia de los demás coarrendatarios, por lo cual faltaría en el contradictorio la integración de un *litis consorcio* necesario. Y el Tribunal de Medellín, no en uno sino en varios párrafos de la sentencia impugnada, expresa por el contrario, como fundamento de la decisión condenatoria, que ese derecho del arrendatario al resarcimiento del daño, por ser personal y no real, puede ser reclamado ante los Jueces por cualquiera de los coarrendatarios solidarios pero tan solo en relación con la cuota o parte que le corresponda en el crédito. Y es contra esta aserción que se levanta nuevamente el impugnante sosteniendo en este cargo que el juzgador violó directamente la ley sustancial al no haber visto que por ser tal clase de indemnizaciones parte del establecimiento de comercio, según el artículo 515 del Código de Comercio, y tener el comerciante en relación con él la calidad de propietario, no podía el juzgador imponer condenación alguna en favor del único arrendatario demandante ya que en el proceso han debido comparecer todas las personas que integraron la relación jurídica correspondiente.

Pero la inclusión en el citado artículo 516 de las indemnizaciones en favor de los arrendatarios y a cargo de arrendadores como elemento de los establecimientos de comercio, no fue hecha por el legislador para crear un nuevo derecho real de naturaleza puramente mercantil, sino para definir que los establecimientos de comercio constituyen lo que los más renombrados tratadistas llaman una universalidad de hecho, esto es, un conjunto de bienes de diversa naturaleza que por estar destinados al cumplimiento de una finalidad económica y especulativa propia del comercio y que el derecho tiene en cuenta, son tratados como un todo indivisible.

Y como no es característica de los derechos reales el recaer ellos sobre universalidades, ni un derecho de cualquier clase cambia su naturaleza porque sea considerado como parte de un conjunto para efectos legales como la enajenación en bloque o en estado de unidad económica, prevista en el artículo 517 del Código de Comercio, evidente es que cuando la ley se refiere a que un solo establecimiento de comercio puede "pertenecer" a varias personas, como lo dice el artículo 515 ibidem, emplea tan solo un lenguaje figurado pero claramente demostrativo de la idea dominante según la cual "se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa", y no para crear una especie de propiedad sobre el conjunto heterogéneo que lo constituye.

El derecho que nace pues en pro del arrendatario de inmueble en el cual opera un establecimiento de comercio para obtener que el arrendador

que le desalojó injustamente porque no dio cumplimiento a las precisas destinaciones que le habría permitido impedir el derecho del arrendatario a la renovación del contrato, así se le entienda por la ley como formando parte del establecimiento para efecto de su enajenación en bloque u otros similares, es entonces un derecho meramente personal y esencialmente relativo. Corresponde su ejercicio y por tanto la legitimación indispensable para deducirlo en juicio a quien sufra el daño, y de este daño ha de responder, reparándolo, quien lo ha causado por su culpa.

Y como el fundamento de la decisión del Tribunal de Medellín fue precisamente que este derecho es personal y no real, y el error que el casacionista endilga al Tribunal lo estructura en la idea de ser por el contrario un derecho real, dedúcese también que el recurrente dejó trunca la acusación, pues no le bastaba simplemente mostrar que en su concepto el derecho era de tal o cual naturaleza, sino que requería el cargo demostrar precisamente que, como consecuencia de la equivocada apreciación del juzgador sobre la naturaleza del derecho deducido en el proceso, dejó éste de aplicar al caso las normas sustanciales que en la hipótesis regularían de manera distinta la materia, como serían, por ejemplo, alguna que incluyera el derecho del empresario sobre el establecimiento de comercio en la precisa lista de los derechos reales reconocidos por la ley y las que, en atención a esta supuesta calidad, establecieran protección del preciso derecho subjetivo supuestamente conculcado por la sentencia, así como las restantes normas que, todavía bajo el mismo entendimiento, precisen que ese derecho no puede ser protegido en caso de concurrencia de varios titulares sino mediante el ejercicio conjunto de las prerrogativas que otorga.

Mas como el recurrente no enfocó la acusación de la manera dicha sino que se limitó a señalar que el artículo 522 del Código de Comercio fue indebidamente aplicado por el Tribunal para resolver el caso en litigio y tal error de juicio no aparece demostrado, ni suponiéndolo resulta completa la acusación por ausencia en el cargo de las normas sustanciales que en lugar de la aplicada ha debido emplear el sentenciador porque sí regulan la hipótesis por resolver, permanece intacta la apreciación del Tribunal en el sentido de acceder a la pretensión indemnizatoria impetrada por uno solo de los arrendatarios y el cargo así formulado no puede prosperar.

Segundo cargo. Formulado por la vía indirecta, a consecuencia del error de hecho que se atribuye al sentenciador de haber malinterpretado los testimonios de Ledyn Villamizar, Luis Alfonso Jaramillo, Eduardo Emilio Uribe y Gilberto Restrepo y los documentos suscritos por cada uno de ellos y por el actor.

Asevera en efecto el recurrente que tales pruebas no acreditan el carácter de indispensables, como deben serlo para que sean resarcibles, de los gastos en que incurrió el demandante para su nueva instalación comercial.

Y no acreditan tales pruebas ese carácter de indispensables que tuvieron estos gastos porque ni en los contratos respectivos celebrados por el demandante con aquellas personas, ni de los testimonios que rindieron en el proceso se puede deducir, como lo hizo el sentenciador, que los gastos, en relación con el tiempo en que fueron pagados por el actor o por virtud de su destinación, tuvieran el carácter de indispensables para la nueva instalación.

Se considera

De los testimonios rendidos en el proceso por Ledyn Villamizar en el sentido de que recibió $ 30.000 del actor como prima de desocupación del local que éste ocupaba desde hacía doce años atrás, por Luis Alfonso Jaramillo quien afirma que recibió $ 85.000 por igual motivo, por Eduardo Emilio Uribe Osorio, quien obtuvo $ 40.000 por la misma razón, y por Iván Gilberto Restrepo Mesa, a quien el demandante entregó $ 50.000 para que desocupara el inmueble que tenía desde diez años atrás, dedujo el Tribunal que el demandante hizo gastos destinados al establecimiento de su nuevo local comercial, gastos que considera corroborados en su realización por los documentos que cada uno de ellos firmó, como que todos esos elementos probatorios se refieren a la nueva ubicación del demandante en la Avenida Juan del Corral de la ciudad de Medellín.

Para que el error de hecho pueda ser tenido en casación como suficiente para quebrar la decisión impugnada, tiene que ser ostensible o evidente, esto es, ser de tal magnitud que por sí mismo demuestre lo contraevidente de la apreciación del fallador. No le basta pues al recurrente mostrar su inconformidad con la apreciación del fallador sino comprobar ante la Corte que en el examen de las pruebas éste supuso un hecho que objetivamente no fue demostrado o dejó de encontrar la prueba de un hecho que sí lo está.

La deducción hecha por el sentenciador en relación con que las primas pagadas por el demandante a aquellas personas fueron indispensables para la nueva instalación, si bien pudiera resultar equívoca en otros casos, no lo es en éste pues el Tribunal estimó que fueron pagados durante el tiempo en el cual se adelantó el proceso de lanzamiento promovido por los propietarios del inmueble en donde operaba el establecimiento de comercio, como lo declaró expresamente al analizar tales testimonios, y muestran también que tales gastos no pudieron ser hechos con finalidad distinta a la de reubicación por razón del anterior lanzamiento del inmueble que ocupaba el actor como arrendatario.

Por consiguiente, no supuso el Tribunal de Medellín que esté probado en el proceso un hecho que evidentemente no lo está, sino que dedujo del tiempo en que se realizaron los gastos por concepto de primas pagadas y del sitio de ubicación del inmueble que Cadavid ocupó después del lanzamiento, que tales gastos fueron indispensables para su instalación en el nuevo local. Y tal deducción no es por sí misma constitutiva de contraevidencia grave que permita descartar la conclusión a que llegó en este aspecto.

No prospera el cargo.

Tercer cargo. Formulado también por la vía indirecta, se achaca al Tribunal la comisión de los siguientes errores de derecho:

1. Haber apreciado el testimonio de José Basilio Ramírez Jiménez, que no podía serlo "por no dar la razón del dicho, es decir, la forma de cómo se enteró de cuanto declara, las circunstancias de lugar, tiempo y modo como adquirió dicho conocimiento", motivo por el cual "su testimonio carece frente a los dictados del recto juicio probatorio de real mérito en tal sentido".

2. "También hay un evidente error de derecho —prosigue el recurrente— en darle mérito probatorio en orden a comprobar que aquél era un 'gasto indispensable' al dicho del señor Rafael Pereira Coronado..., por cuanto si el anterior omite dar la razón de su dicho, éste sí que se excede en dicha omisión".

3. Indebida apreciación del testimonio de Iván Díaz Díaz, quien si bien afirma que él ayudó a Hernán a conseguir obreros para que hicieran las obras en el local del cual éste fue lanzado, no sabe cuántos obreros fueron, "ni da los precios, los costos, no dice quién cubrió los gastos, en qué forma, cuándo, en qué lugar y todo cuanto pueda dar una idea de la forma como se enteró de cuanto declara".

4. El censor asevera que el más protuberante error de derecho que cometió el Tribunal fue la manera como enjuició el dictamen pericial, ya que según el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, al apreciarlo, "se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos y los demás elementos probatorios que obran en el proceso".

Según el recurrente, los peritos no efectuaron ningún tipo de valoración, pues se limitaron a sumar unos recibos que les fueron presentados. No discriminaron ni pudieron establecer cuáles de los gastos efectuados por el arrendatario tenían el carácter de indispensables ni cuáles eran más bien una inversión, que en manera alguna podía ser resarcible.

Y así también el Tribunal incurre en un nuevo error de derecho protuberante, cuando admite "que se tenga (sic) como prueba, se sumen y luego los acoge como válidos para sumarlos al pasivo de los demandados, los famosos recibos que el demandante puso en manos de los peritos en un sobre de manila".

No se tuvo en cuenta, al efecto, que tales recibos no podían ser apreciados porque su aportación al proceso no se ajustó a lo que ordena el artículo 183 del Código de Procedimiento Civil.

"Es que, señores Magistrados, la forma de acreditar esos famosos gastos indispensables constituye una verdadera burla a los derechos de la parte demandada, a la que se ha negado toda oportunidad para controvertir los famosos recibos, para conocerlos, para pronunciarse sobre ellos".

Se considera

Ha precisado la Corte en numerosas oportunidades que en un sistema de convicción como es el de la persuación racional, acogido por el Código de Procedimiento Civil, el error de derecho no cabe sino cuando el sentenciador se equivoca en punto a la aplicación de las normas legales que regulan la aducción, pertinencia o eficacia de la prueba, o cuando admite un medio que el legislador precisamente rechaza para comprobar un hecho o deja de estimar el medio preciso que estima indispensable para comprobarlo.

En particular, ha dicho la Corte en relación con tales clases de error en la apreciación de testimonio:

"...De todo lo cual se sigue que en la apreciación de la prueba testimonial a la luz de las disposiciones procedimentales hoy vigentes, el sentenciador puede cometer error de hecho o de derecho; incurrirá en el primero cuando deja de ver las declaraciones testificales que sí obran en los autos, o supone las que son inexistentes en éstos; cometerá el segundo, en cambio, cuando sin embargo de la apreciación correcta de los testimonios en cuanto a su presencia objetiva en el proceso, en la tarea valorativa de ellos infringe las normas legales que regulan su producción o su eficacia. Y así, en esta última clase de yerro puede hoy incurrir el fallador, entre otros supuestos, cuando aprecia testimonios aducidos al proceso sin la observancia de los requisitos legalmente necesarios para su producción; o cuando le da valor persuasivo al testimonio en los casos en que la ley no autoriza este medio de prueba; o cuando se lo niega por estimar equivocadamente que es ineficaz para demostrar la cuestión controvertida". (Sentencia del 10 de julio de 1974, *Gaceta Judicial*, CXLVIII).

Sentados los principios antes expuestos y montada la acusación en que el sentenciador de segundo grado incurrió en error de derecho al estimar declaraciones de testigos que no dan la razón de sus dichos ni detallan las condiciones de modo, tiempo y lugar como ocurrieron los hechos, claramente se ve que no pudo el sentenciador incurrir en tal clase de error puesto que, suponiendo cierta la acusación, lo que habría ocurrido es que supuso la existencia de testimonio cuando en realidad esa prueba no existe.

Mas no ocurre lo mismo en lo relativo a la cuantía de los gastos realizados por el demandante para adecuar el terreno que compró para conservar la identidad del establecimiento comercial que explotaba en el terreno del cual fue desalojado, porque si bien el Tribunal se apoyó para la determinación de la cuantía de esos gastos en que el valor correspondiente a la inversión se encontraba demostrado por la "hojarasca de recibos que sumados en sus cantidades arroja un monto total de $ 519.963.80", sin que tales recibos "se hallaren en el expediente", puesto que, como lo destacan los propios peritos que rindieron el experticio, todos ellos les fueron entregados por la parte en un sobre de manila y se limitaron ellos a sumarlos, claramente se ve que le dio el fallador de segundo grado valor probatorio pleno a documentos que de ningún modo podía tener en cuenta en el proceso dado que no fueron aducidos en las oportunidades señaladas por la ley para que pudieran ser contradichos por la parte a la cual se oponían, con evidente y clara violación del principio contenido en el artículo 183 del Código de Procedimiento Civil.

Por este aspecto, pues, se casará la sentencia recurrida y, en su lugar, en sede de instancia, revocará la Corte la condena correspondiente y absolverá en consecuencia a los demandados de la pretensión correlativa.

Cuarto cargo. En éste el recurrente afirma en primer término que el Tribunal incurrió en error de hecho, al suponer que estaban probados los gastos correspondientes a las redes de acueducto y alcantarillado incorporados en el inmueble objeto del arrendamiento, con la certificación de las empresas públicas de Medellín y los planos enviados por éstas que obran en los autos.

"De dichos documentos —expresa el impugnante— que fueron suficientes al (sic) Tribunal para dar por establecidas tales redes de acueducto

y alcantarillado tampoco se deduce la existencia del afirmado, ni quién lo estableció, ni si existe o no existe".

Y para terminar, atribuye la censura al fallador el haber incurrido en error al aceptar que los peritos avaluaron en $ 129.310 las redes de acueducto y alcantarillado y el afirmado del piso en $ 103.965, "ya que ellos, por el contrario, desde su primera peritación que viene a formar un todo con la segunda parte del mismo, establecieron que carecen, en absoluto, de toda base o fundamento para hacerlo".

SE CONSIDERA

Enderezado este último cargo a desvirtuar la condena impuesta por el Tribunal a los demandados en cuantía líquida de $ 129.310, por razón de las redes de acueducto y alcantarillado incorporadas en el inmueble que el arrendatario, tuvo que entregar, resulta fundado en cuanto el Tribunal claramente supuso que esas redes habían sido incorporadas al inmueble por el ahora demandante cuando lo cierto es que de los planos enviados por las empresas públicas de Medellín en virtud de solicitud del Juez de conocimiento y que obran a folios 22 y 23 del cuaderno número 2, no aparecen esas redes como propias del inmueble sino, todo lo contrario, como parte que prolongaron de las exteriores, por lo cual no podían, en ningún caso, ser consideradas como resultado de incorporación realizada por el arrendatario a sus propias expensas, además de que los peritos, en el dictamen que obra a folios 29 y siguientes del mismo cuaderno y en relación con la alegada existencia de las redes de acueducto y alcantarillado, manifiestan con toda claridad lo siguiente:

"En materia de construcción de redes e instalación de contadores sobre el terreno arrendado, no encontramos en el expediente más que la afirmación de que las mejoras, cuyo avalúo no se hizo en el otro proceso, fueron realmente ejecutadas por el mero tenedor —arrendatario— con sus propios recursos, los planos solicitados a empresas públicas de Medellín, no pueden ser —por sí solos— el fundamento para hacer una liquidación del valor invertido; tampoco de su estudio se desprende, con claridad, cuál fue la cantidad de obra que hubo necesidad de ejecutar, cuáles sus especificaciones técnicas, etc.".

Y agregan:

"En resumen no tenemos elementos de juicio, en el proceso, para hacer la regulación en cifras numéricas que se demanda de nosotros en este literal, por la parte demandante...".

Fue tan solo al aclarar y complementar el dictamen por solicitud de la parte actora, que los peritos atribuyeron un valor a las redes de acueducto y alcantarillado, actualizándolo en razón de los porcentajes de desvalorización o depreciación en que se podría haber incurrido por el tiempo transcurrido entre el momento de la supuesta incorporación y el en que se rindió el dictamen, mas de ninguna manera puede estimarse a este propósito, como lo hizo el sentenciador de segundo grado, que en realidad de verdad el

arrendatario hizo a su costa tales obras, ni que ellas tengan el valor líquido actual que resulta tan solo de esa valoración puramente hipotética.

Incurre así el sentenciador, como lo sustiene el recurrente, en ostensible error de hecho en la apreciación de la prueba ya mencionada, pues supuso la realización de obras que no aparecen como ejecutadas por el arrendatario dentro del inmueble del cual fue desalojado, y al suponer igualmente como valor de tales supuestas obras el que señalaron los peritos para el caso hipotético de que hubieran sido efectuadas por el arrendatario ahora demandante.

Por último, en punto al afirmado del piso, que los peritos, establecieron en cuantía de $ 103.965, pretende el recurrente mostrar a la Corte que, por no existir tampoco prueba alguna en el proceso acerca de que esa obra existe y fue realizada por el demandante, incurrió el sentenciador en error de derecho en la apreciación del dictamen. Pero tal como está fundado este ataque también parcial, se aprecia que si lo que el recurrente quiere mostrar es que el Tribunal dio por probado lo que el dictamen no muestra, o supone la realización de obras que no tienen respaldo probatorio alguno en el proceso, ha debido encauzar la impugnación por violación de la ley a través de la comisión de error de hecho en la apreciación de ese dictamen u otras probanzas, y no por error de derecho en que el sentenciador, según lo antes dicho, no pudo haber incurrido.

IV. Sentencia de instancia

La prosperidad del recurso de casación en relación con las condenas impuestas por el Tribunal en cuantía de $ 519.963.80 por gastos de adecuación del terreno que compró el demandante, y de $ 129.310 por redes de acueducto y alcantarillado, deja subsistir los restantes razonamientos del Juez *ad quem* e impone a la Corte la confirmación de la sentencia de primera instancia, tal como lo hizo aquél, pero con las modificaciones que es necesario aportarle para acomodarla a la situación creada por el éxito parcial del recurso extraordinario.

V. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha 15 de octubre de 1982 y, obrando en sede de instancia,

Resuelve:

Primero. CONFIRMAR los numerales 1º y 2º de la sentencia de primer grado, proferida en este proceso por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Medellín, reformándolos así:

a) Declárense responsables en forma conjunta a los señores Juan Manuel Aristizábal Peláez, José Liborio Mejía Gil y Oscar Vélez Salazar,

por los perjuicios ocasionados a Francisco Hernán Cadavid González por violación de lo dispuesto en el artículo 522 del Código de Comercio;

b) Como consecuencia de la anterior declaración, condénase conjuntamente a los mencionados demandados a pagar al señor Francisco Hernán Cadavid González la cantidad de trescientos ocho mil novecientos sesenta y cinco pesos ($ 308.965) por concepto de mejoras útiles en el local entregado y gastos en el nuevo local comercial, suma ésta que devengará intereses comerciales a partir de la presentación de la demanda, o sea desde el día 21 de marzo de 1980.

Segundo. REVOCAR los numerales 3º, 4º, 5º, 6º y 8º del mencionado fallo de primera instancia y, en su lugar, declarar no probadas las excepciones propuestas en el proceso por los demandados.

Tercero. CONFIRMAR el numeral 7º de la parte resolutiva de la precitada sentencia, adicionándolo en el sentido de que las costas correspondientes a la primera instancia serán pagadas también por el demandado José Liborio Mejía Gil.

Cuarto. CONDENAR a los demandados Juan Manuel Aristizábal Peláez, José Liborio Mejía Gil y Oscar Vélez Salazar al pago de las costas causadas en la segunda instancia. Tásense.

Sin costas en el recurso por haber éste prosperado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Bolero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

SENTENCIA

ADICION Y ACLARACION. Cuándo es pertinente cada una de ellas. No se pueden hacer valer simultáneamente con relación a un mismo aspecto.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

Bogotá, D. E., 30 de septiembre de 1985.

Dentro de este proceso ordinario promovido por Néstor Buitrago Trujillo y Esperanza González de Buitrago contra Iván Montoya Gómez, en virtud del recurso de casación interpuesto por el demandado, la Corte casó parcialmente la sentencia de 3 de abril de 1984 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, y actuando como Tribunal de instancia confirmó y revocó en parte la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito también de Manizales(1).

El recurrente en casación, mediante escrito presentado oportunamente, con fundamento en el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, solicita a la Corte adicione su sentencia de 29 de agosto último por haber quedado incompleta, y para el evento de que no se considere variable tal complementación, pide se aclare con fundamento en lo dispuesto por el artículo 309 del mismo ordenamiento.

Consideraciones de la Corte

1. El recurrente, al exponer los fundamentos de las referidas solicitudes de complementación o aclaración de la sentencia de casación, sostiene, en síntesis:

a) Que el Tribunal Superior de Manizales, en lo que dice relación al monto de las prestaciones que recíprocamente se deben hacer las partes como

---

(1) Nota del Director: Publicada en el Tomo LXI, número 285 (septiembre de 1986), páginas 203 y ss.

consecuencia de la efectividad del decreto de rescisión de la venta viciada de lesión o del ejercicio por parte del demandado del derecho de opción que le confiere el artículo 1948 del Código Civil, dispuso que ellas deberán hacerse "en su equivalente en UPAC al 29 de julio de 1982";

b) Que al haber prosperado el cargo formulado contra la sentencia del Tribunal en el cual se atacaba, principalmente, la corrección monetaria impuesta por el Tribunal y haber prosperado tal impugnación, la Corte ha debido reproducir en su sentencia dicha adición en lo que a la prestación de los demandantes se refiere, por cuanto éstos se conformaron con la decisión del Tribunal al no impugnarla ante la Corte; y,

c) Que al no haberlo hecho así la Corte, su decisión resultó ser favorable no sólo al recurrente sino también a la otra parte y "como consecuencia natural de esto último, de rebote, vino a empeorar la situación procesal" del impugnante en casación.

2. *La sentencia, que es el acto procesal mediante el cual el Juez cumple el deber jurisdiccional derivado de los derechos de acción y de contradicción, debe resolver sobre todos los extremos de la* litis. *Mas, cuando así no ocurre, cuando por olvido de este principio normativo del comportamiento del Juez este:*

"*Omita la resolución de cualquiera de los extremos de la* litis *o guarde silencio sobre costas o sobre perjuicios en razón de temeridad o mala fe de las partes o sus apoderados, como lo autoriza el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, podrá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro del término de ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte*".

Además, si en esa labor el sentenciador falta a la claridad y precisión exigidas por el artículo 304, tal deficiencia se puede corregir en la forma y términos previstos por el artículo 309 del Código.

"*En procura de alcanzar la claridad debida, cuando la sentencia no la tenga ha precisado la jurisprudencia de la Corte refiriéndose a los alcances de esta disposición, puede el mismo Juez que la ha proferido, sin que ello implique revocación ni reforma de su fallo, aclarar, a fin de desvanecer las dudas que produzcan los conceptos o frases contenidos en la parte dispositiva o en la expositiva a que la primera hace referencia, tal cual lo autoriza el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil. Con tal fin deberá interpretar racionalmente tanto las resoluciones como las motivaciones que influyan en las primeras, cuidándose de no llegar hasta modificar su alcance o contenido de la decisión*". *(Sentencia complementaria, octubre 31 de 1972. T. CXLIII, págs. 137 y 138)(1).*

3. *Desde luego, el ejercicio de estos remedios contra las deficiencias en la técnica de la sentencia está sometido también a los principios rectores del procedimiento, entre ellos el de la preclusión, el cual indica que cuando dos facultades son incompatibles no pueden hacerse valer simultáneamente con relación a un mismo punto, que es lo que aquí acontece. En efecto, la adición supone que el fallador omitió un pronunciamiento sobre un extremo de la litis o guardó silencio acerca de una resolución que la misma ley le*

(1) Nota del Director: Tomo XXVII, número 133 (enero de 1973), páginas 33 y 35.

ordena hacer; en cambio, la aclaración parte de la base que el Juez, necesariamente, se pronunció pero que al hacerlo incurrió en oscuridad o imprecisión en forma tal que la resolución ofrece dudas respecto de su contenido o alcance.

En tales condiciones, si la adición presupone falta de pronunciamiento y la aclaración que éste ya se hizo, la lógica impone como conclusión indiscutible la de que no se pueden hacer valer simultáneamente con relación a un mismo aspecto. Y si ello es así, como tiene que serlo, resulta improcedente el ejercicio de una facultad que supone la consumación de una anterior. Con otras palabras, en el caso a estudio, por improcedente, se ha de rechazar la petición de aclaración demandada por el recurrente en casación.

4. Ahora bien, en el caso de la sentencia cuya adición se solicita, ciertamente la Corte casó la del Tribunal en la parte que adicionó la de primera instancia en el sentido de que las prestaciones a que se refieren los numerales 5º y 6º, el primero relacionado con la devolución de $ 1.500.000 recibidos por los demandantes como precio de la venta y el segundo relativo al complemento de $ 1.781.805 que el demandado deberá pagar a los vendedores si opta por atajar la rescisión debían hacerse *en su equivalente en UPAC al 29 de julio de 1982.*

Justamente al referirse a este aspecto de la impugnación, dijo la Corte en el despacho del cargo quinto de la demanda de casación que dada la naturaleza especial y los efectos previstos por el artículo 1948 del Código Civil, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que no cabe incrementar *con la corrección monetaria el valor de las prestaciones sobrevinientes por el acogimiento de la pretensión rescisoria,* por cuanto del propio texto se infiere que fuera de los intereses o frutos a que hubiere lugar no *podrá pedirse cosa alguna en razón de expensas que haya ocasionado el contrato;* y que, como sentenciador de segundo grado aumentó las referidas *prestaciones sobrevinientes,* adicionándolas con un concepto no autorizado, ciertamente había incurrido en el yerro hermenéutico impugnado por el censor.

Desde luego la Corte, ni en las consideraciones consignadas en el despacho del cargo quinto, ni en las motivaciones del fallo de instancia y menos aún en la parte dispositiva de la sentencia dijo expresamente que la prosperidad del cargo afectaba la adición solamente en la parte que desfavorecía al recurrente; lo que en realidad expresa la sentencia es todo lo contrario, que la casación comprendía la integridad de la adición. Al resolverlo así la Corte tuvo en cuenta que como consecuencia del decreto de rescisión, tanto si el demandado consentía en ella u optaba por atajarla, sobrevendrían prestaciones, por sobre toda consideración se debía evitar un desequilibrio entre ellas, el cual, además de inequitativo, sería contrario al tratamiento igualitario que a las partes se debe en el proceso; principio éste que no sólo debe observar el fallador como uno de los deberes ineludibles que le impone el artículo 37 del Código de Procedimiento Civil sino que constituye, al mismo tiempo, una guía segura en la interpretación de la ley procesal, como lo previene el artículo 4º del mismo ordenamiento.

5. Como según lo expresado, la Corte al proferir su sentencia no omitió resolver sobre ninguno de los extremos del litigio, ni guardó silencio sobre

puntos que pudieron ser materia de pronunciamiento, no es del caso acceder a la adición solicitada.

RESOLUCIÓN

En virtud de lo expuesto, NO SE ACCEDE a la petición de *adición* de la sentencia de casación proferida por la Corte el 20 de agosto último. De igual modo, por improcedente, recházase la petición de aclaración contenida en el mismo escrito.

Notifíquese.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Fuentes. La de las personas jurídicas, actos ilícitos de sus agentes.

COSA JUZGADA

La cosa juzgada en materia criminal, su incidencia en el proceso civil.

CASACION

Inconsonancia, no se da en sentencia totalmente absolutoria. Proposición jurídica completa, en las obligaciones y negocios mercantiles en que aplique la ley civil, se requiere acusar como violado el artículo 822 del Código de Comercio. Independencia y autonomía de los cargos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

Bogotá, D. E., 11 de octubre de 1985.

Procede hoy la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 29 de octubre de 1984, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario instaurado por Activentas Limitada contra el Banco Industrial Colombiano.

I. El litigio

1. Mediante auto calendado el 4 de noviembre de 1980, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, admitió la demanda presentada el día 30 de octubre de ese mismo año por Activentas Limitada contra el Banco Industrial Colombiano S. A., para que previos los trámites del proceso ordinario, se hicieran las siguientes declaraciones:

A. *Principales:*

a) Que la demandada es civilmente responsable "por los perjuicios de toda índole causados y que se causaren... por los actos y hechos ilícitos en que incurrió y ejecutó el señor José Gabriel Fabio Trujillo Jiménez, en ejercicio del cargo de Gerente de la Sucursal Comercio Internacional de Bogotá, con la intervención que, a nombre del banco, tuvo relación con el negocio de compraventa de 500 toneladas de leche en polvo, que... dijo venderle Rafael Echavarría Restrepo a Activentas Limitada...";

b) Que la indemnización que se reclama incluye:

1º "La restitución de $ 11.000.000.00,... ordenando pagar la correspondiente desvalorización monetaria, causada desde la fecha de la consignación, hasta el día en que se verifique el pago... junto con el interés corriente... hasta el día de presentación de la demanda y de ahí en adelante ese mismo interés doblado".

2º Los gastos de financiación, $ 1.581.022 moneda corriente, en que incurrió Activentas por la apertura de las cartas de crédito de que trata el hecho 25 de la demanda, más los honorarios pagados a los abogados en cuantía de $ 1.000.000.00 moneda corriente.

3º La suma de $ 16.250.000.00, correspondiente a las utilidades que hubiera obtenido la demandante en la venta de las 500 toneladas de leche;

c) Que el monto de la indemnización se fije por peritos;

d) Que se condene al banco demandado al pago total de los perjuicios;

e) Que, en caso de oposición, se condene en costas a la demandada.

B. *Subsidiarias:*

a) Que el Banco Industrial Colombiano es civilmente responsable de los perjuicios, causados y que se causaren, a Activentas Limitada por haber incumplido José Gabriel Fabio Trujillo Jiménez, en su condición de Gerente de la Sucursal Comercio Internacional del Banco Industrial Colombiano, y a nombre de éste, el contrato de depósito de la suma de $ 11.000.000.00 moneda corriente, que recibió de Activentas Limitada... "para ser entregada al señor Rafael Echavarría Restrepo, contra entrega de la resolución o resoluciones del Idema, por la cual se ordenará entregar... las 500 toneladas de leche;

b) Las mismas otras peticiones principales.

2. Como hechos fundamentales de la *causa petendi*, tanto de las peticiones principales como de las subsidiarias, el libelista presenta los que, en su parte fundamental, se enlistan resumidos a continuación:

1º La sociedad Activentas, debidamente constituida y representada por Delio J. Mora, celebró un contrato de compraventa con el señor Rafael Echavarría Restrepo, por el cual éste dijo vender y aquélla comprar, 500 toneladas de leche en polvo, tipo Idema, al precio oficial más

un sobreprecio de $ 22.00 moneda corriente por kilo, precio y sobreprecio que serían pagados así: $ 28.000.00 con una carta de crédito confirmada, pagadera 30 días después de la fecha de entrega de la leche; $ 11.000.000 moneda corriente, el saldo, con una carta de crédito a la vista, utilizable parcialmente, a favor del Banco Industrial Colombiano, Sucursal El Polo de Bogotá, pagadera contra presentación de original y/o fotocopia de la resolución del Idema que autorizara la adjudicación y retiro de la mercancía en forma total o parcial... que sería presentada por el vendedor al Gerente del Banco Industrial Colombiano...".

2º José Gabriel Fabio Trujillo Jiménez, conocido por Rafael Echavarría cuando desempeñó funciones de Gerente de la Sucursal El Polo, del BIC, fue trasladado por las directivas del banco a la gerencia, Sucursal Comercio Internacional, de ese mismo banco, en la ciudad de Bogotá, a partir del 6 de abril de 1979. Esta la razón por la cual, el saldo de $ 11.000.000.00 debería haber sido pagado con la carta de crédito a favor del BIC, Sucursal El Polo y también, para que, "a finales de abril de 1979", el señor Echavarría, citara al Gerente de Activentas, señor Mora, para que concurriera a una reunión en la oficina de la gerencia de la Sucursal Comercio Internacional del BIC, a la sazón oficina de Trujillo Jiménez, para que en presencia de este último y de Gustavo Herrera Estrada, Fabio Arango Ruiz, Aníbal Henao y Francisco Andrade, "confirmaran el negocio de la leche en polvo... en razón de que parte del precio... $ 11.000.000.00 debía cubrirlo la compradora con una carta de crédito "a favor del Banco Industrial Colombiano" pagadero, como quedó dicho, contra presentación de la certificación expedida por el Idema.

En el curso de esta reunión Trujillo Arango fue informado "de los detalles de la negociación" y manifestó que conocía personalmente a Echavarría y podía dar buenas referencias de él. Allí también se convino que Activentas entregaría "a título precario" al Gerente del Banco Industrial, $ 11.000.000.00 moneda corriente, "para que una vez entregada o entregadas las resoluciones de Idema, referentes a la leche negociada, procediera el señor José Gabriel Fabio Trujillo Jiménez a pagar la citada suma al señor Rafael Echavarría Restrepo". Así fue como asumió el gerente de la institución "el encargo de confianza" y recibió de Activentas $ 5.500.000.00, representados en los cheques que se relacionan en el recibo expedido por Echavarría a favor de Gustavo Herrera, para ser entregado a Delio J. Mora.

3º José Gabriel Trujillo se "obligó a llevar la suma depositada a una cuenta especial, sobre la cual no podía girarse en forma alguna... y a no entregar a Echavarría Restrepo chequera o documento... que le permitiera girar sobre esa cuenta", hasta tanto éste no presentara "los documentos requeridos". Pese al compromiso, Trujillo permitió abrir la Cuenta Corriente Nº 31-645452-09 a nombre de Echavarría Restrepo, el 30 de abril de 1979.

4º En los primeros días de mayo siguiente, requerido Trujillo para que urgiera a Echavarría la entrega de la leche, éste manifestó que tal cosa no se haría hasta tanto no hubieran completado la entrega de los

$ 11.000.000.00, por lo cual, Activentas entregó a Trujillo Jiménez, los $ 5.500.000.00, restantes, en la oficina de la Gerencia del Banco.

5º Cumplidos los requisitos del contrato de compraventa por parte de Activentas Limitada, sin que se le hiciera entrega de la leche, los representantes de esta empresa acudieron al Idema en busca de las órdenes de entrega y "con gran sorpresa" fueron informados que el señor Echavarría Restrepo, su vendedor, no figuraba entre los solicitantes para la compra de leche entera, en polvo. "En ese momento la firma Activentas se dio cuenta que estaba siendo víctima de una estafa por parte de Rafael Echavarría Restrepo" y acudieron al Banco Industrial, Sucursal Comercio Internacional, para pedirle a Trujillo Jiménez "se abstuviera de entregar dineros, de los consignados en la cuenta especial número 31-645452-09" y le narraron los hechos, obteniendo respuestas "equivocadas y evasivas" y la afirmación "que el dinero estaba en la citada cuenta especial y que no desconfiaran del señor Echavarría que él lo conocía muy bien...".

6º En posteriores reuniones, y por medio de carta, Activentas solicitó a Trujillo Jiménez que exigiera a Echavarría la entrega de los documentos de Idema, o "restituyera los fondos", no obstante lo cual aquél nada hizo por impedir los retiros por parte de éste, lo que no hizo, contando "con la colaboración, consentimiento y autorización" de Trujillo.

7º Gustavo Herrera, representante de Activentas en Bogotá, formuló denuncia penal contra Echavarría Restrepo "y sus cómplices o auxiliadores", quien con "colaboración del Gerente de la Sucursal Comercio Internacional del Banco Industrial Colombiano, sustrajo habilidosamente los $ 11.000.000.00 consignados en dicho banco y sobre los cuales no podía disponerse sino contra entrega de los documentos requeridos...".

8º Con intervención de la justicia penal, logró Activentas Limitada recuperar $ 6.199.439.50, por manera que, el saldo, o sea la suma de $ 4.800.560.50, fue retirada por Echavarría de la cuenta corriente con "consentimiento y autorización del señor José Gabriel Fabio Trujillo Jiménez,... quien por haber permitido ese retiro violó no sólo la obligación adquirida por el banco sino también (sic) la recibida de Activentas Limitada...".

9º Los hechos enunciados han causado perjuicios a Activentas Limitada, como que dejó de percibir $ 16.250.000.00, utilidades que hubiese obtenido de perfeccionar la compraventa de la leche, así como las erogaciones a que se refiere el numeral 2º del *petitum*, consistentes todas ellas en los gastos financieros necesarios para el otorgamiento de las cartas de crédito y la erogación de $ 1.000.000.00 en honorarios a profesionales que han atendido este asunto, todo ello con la correspondiente desvalorización monetaria, que deberá ser reembolsado conjuntamente con los intereses.

3. El Banco Industrial Colombiano se opuso a las pretensiones de la demanda, negó los hechos fundamentales y propuso la excepción de "Cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación", con lo cual quedó trabada la litis.

4. Surtidas las ritualidades propias del primer grado y practicadas las pruebas solicitadas por las partes, el juez de la primera instancia, que

como quedó escrito lo fue el Segundo Civil del Circuito de Bogotá, en sentencia del 7 de julio de 1984, declaró próspera la excepción propuesta por la demandada y como consecuencia negó las peticiones planteadas en la demanda, tanto las principales como las subsidiarias, y condenó en costas a la demandante.

5. Inconforme con los resultados de la instancia la demandante interpuso recurso de apelación que, concedido, llevó el negocio al Tribunal Superior de Bogotá, en donde, luego de oídos los alegatos de las partes, se dictó sentencia el 29 de octubre de 1984, confirmando en todas sus partes la providencia materia de la alzada y condenando en costas a la parte recurrente.

II. Fundamentos del fallo de segundo grado

1. Luego de relacionar los antecedentes del litigio y el trámite dispensado al proceso, advierte el Tribunal, en el proemio de sus consideraciones, que en este proceso se plantean dos decisiones jurisdiccionales diversas, con base en un mismo supuesto fáctico, como que se demanda, de un lado, la declaración de una responsabilidad extracontractual del banco demandado por los daños causados a la demandante como consecuencia de "los actos y hechos ilícitos" ejecutados por Trujillo Jiménez, como Gerente de la Sucursal Comercio Internacional, de la entidad, y subsidiariamente se impetra la declaración de una responsabilidad contractual, del mismo banco demandado, como consecuencia del incumplimiento "del contrato de depósito de la suma de $ 11.000.000.00 moneda corriente" que el mismo Trujillo Jiménez, en representación del Banco Industrial Colombiano recibiera de Activentas Limitada.

Destacando que las peticiones no están propuestas "en el mismo plano de igualdad sino subsidiariamente una de otra", concluye que no existe acumulación indebida de pretensiones que se excluyan entre sí, sino que aquí "se ha dejado al buen juicio del juzgador definir en últimas la especie de responsabilidad, de las dos que se endilgan a la entidad bancaria demandada, conforme a los elementos demostrativos aportados al proceso", aceptando que "el delito permite a su víctima optar entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, cuando el hecho que causó el incumplimiento de las obligaciones nacidas de un acuerdo de voluntades constituye a su vez un ilícito penal".

2. Así las cosas, procede en primer lugar a considerar la petición principal bajo el epígrafe: "De la responsabilidad extracontractual". Resume que el aspecto fáctico de la responsabilidad extracontractual recae en "los actos y hechos ilícitos" del gerente del banco respecto a la ejecución del contrato que celebraron Activentas Limitada y Rafael Echavarría Restrepo y "particularmente porque aquél permitió que la última (sic) (se refiere a Echavarría) indebidamente obtuviera la cantidad de $ 11.000.000.00, que los primeros depositaron a su favor en la anotada sucursal", conducta concurrente con "los hechos delictuosos cometidos por Echavarría Restrepo" que de otra manera "no había podido retirar ninguna suma de dinero de la cantidad consignada en la cuenta especial".

3. La hipótesis legal la encuentra el fallador en el artículo 2341 del Código Civil y añade "empero, las personas jurídicas no son responsables de la responsabilidad por el hecho ajeno descrito en el artículo 2347 siguiente. Por tanto trátase de responsabilidad directa que, como es sabido, reclama la prueba de la culpa por quien alega salvo cuando exceptivamente se presume, como es de ejemplo la responsabilidad civil por actividades peligrosas".

Respecto de este último tema afirma el *ad quem* que la actividad bancaria no tiene carácter de peligrosa porque "una vez que se pone en movimiento, *per se* no tiene capacidad para producir daños, ya que sus efectos, lejos de ser incontrolables e imprevisibles, justamente están controlados por la ley...".

4. Destaca el Tribunal que "la conducta de Fabio Trujillo Jiménez fue enjuiciada por la jurisdicción en materia penal", resultando éste sobreseído definitivamente por cuanto allí se consideró que "en realidad de verdad se ha comprobado que el procesado referido —Trujillo Jiménez— *no tuvo ninguna participación en los hechos que* dieron origen a la iniciación de este proceso". Este proveído está contenido en resoluciones judiciales en firme, del 19 de febrero de 1981, del Juez Primero Penal del Circuito de Bogotá y del 28 de enero de 1982, confirmatoria de la anterior, del Tribunal Superior de Bogotá.

5. En cuanto a la "cosa juzgada en materia penal y sus efectos en materia de responsabilidad civil", observa el Tribunal que "cuando la absolución penal se produce porque 'el procesado no cometió el hecho', se está diciendo que aun cuando éste existió no fue sin embargo la conducta del sindicado la que lo produjo, vale decir, que éste no participó en su realización, descartando de un tajo toda relación de causalidad entre la conducta del sindicado y el hecho delictuoso que produjo el daño". Transcribe entonces el artículo 30 del Código de Procedimiento Penal y advierte que obrando en el proceso copias auténticas de las providencias citadas en materia penal y habiendo sido tenidas como pruebas por el *a quo*, producen efectos probatorios, por manera que, exonerado de todo cargo penal, la conducta de Trujillo Jiménez está fuera de discusión, "por lo menos en materia de responsabilidad extracontractual" y estando probada su calidad de gerente de negocios nacionales en la Sucursal Comercio Internacional del Banco Industrial Colombiano S. A., "no es dable endilgar responsabilidad a esa institución".

6. Procede a continuación al análisis de la petición subsidiaria, lo cual hace el Tribunal bajo el acápite nominado "De la Responsabilidad Civil Contractual". Al respecto, resumiendo los hechos, memora:

a) Que Fabio Trujillo conoció los detalles de la negociación entre Echavarría Restrepo y Activentas Limitada, "avalando la honorabilidad comercial de aquél";

b) Que Trujillo Jiménez "convino" con el Gerente de Activentas Limitada y Echavarría Restrepo recibir "a título precario" $ 11.000.000 "para que una vez entregada o entregadas las resoluciones del Idema, referentes a la leche negociada, procediera... a pagar la citada suma al señor Rafael Echavarría Restrepo";

c) Que por esa razón Trujillo Jiménez "asumió ante las partes del negocio de la leche el encargo de confianza que le fue encomendado";

d) Que el citado Trujillo se "obligó... a llevar la suma depositada a una cuenta especial, sobre la cual no podía girarse en forma alguna", mientras no se presentaran los documentos y adicionalmente "se comprometió a no entregar chequera o documento alguno que le permitiera a Echavarría Restrepo girar contra esa cuenta";

e) Que Trujillo Jiménez "incumplió el compromiso" permitiendo que Echavarría Restrepo abriera una cuenta corriente a su nombre y trasladara "parte del dinero depositado" a una cuenta de ahorros, abierta también a su nombre en el mismo Banco.

7. De los hechos resumidos concluye el Tribunal que la responsabilidad civil contractual "se funda en una relación de este género entre Fabio Trujillo Jiménez, como representante del Banco Industrial Colombiano, Rafael Echavarría Restrepo y Activentas Limitada, en que el primero, consintiendo" un cargo (sic) de confianza recibió a "título precario" la suma de $ 11.000.000.00, "obligándose a llevarla a una cuenta especial contra la cual no se podría girar antes de presentar unos precisos documentos". Delineando la pretensión observa el Tribunal que la demanda reclama la responsabilidad del Banco "por el incumplimiento... con relación a un contrato de depósito", rechazando la intención del apelante, cuando, en el curso de la instancia, propone, como interpretación de su libelo "la diputación para recibir el pago del negocio de la leche, aceptada por el Gerente de la Sucursal Comercio Internacional del Banco de Bogotá (sic), no constituye un contrato entre Activentas Limitada, o sea el deudor, y el banco, que sí adquirió el carácter de mandatario del vendedor de la leche, o sea Rafael Echavarría Restrepo".

8. Observa el Tribunal que la responsabilidad contractual del banco demandado, por actuaciones de un gerente suyo "tiene que originarse en la idea de un contrato entre éste y Activentas Limitada" y que tal contrato, analizado el acervo probatorio, "no aparece demostrado". En consecuencia, Activentas Limitada, carece de legitimación en la causa para deprecar perjuicios derivados de un contrato celebrado entre el Banco Industrial Colombiano y Rafael Echavarría Restrepo, "a menos que se entienda que en ese acuerdo de voluntades intervino también dicha sociedad comercial y que a su favor, Fabio Trujillo Jiménez, en nombre del banco, asumió determinadas obligaciones", lo cual tampoco aparece demostrado.

9. Analizado el testimonio de Gustavo Herrera Estrada, representante de Activentas en Bogotá, calificado por ello como testigo sospechoso por el Tribunal, éste no encuentra "elemento de juicio suficiente para concluir que Fabio Trujillo J. palmariamente obró como representante del Banco Industrial Colombiano en la mentada negociación". Y paladinamente concluye que "Fabio Trujillo, si se comprometió lo hizo 'verbalmente' en el plano estrictamente personal, pero no en nombre de la entidad..., al no corresponder las obligaciones que el deponente dice que asumió con el giro ordinario de los negocios de ella, con los cuales no estaba recibiendo, ni a término ni mediante fideicomiso, la suma que se

depositó en la cuenta corriente bancaria". "Siendo lo anterior así y no existiendo motivos para que Activentas Limitada creyera, conforme con la costumbre o aun por culpa del banco, que Fabio Trujillo Jiménez estaba facultado para obrar en la forma como se afirma procedió, éste no podía asumir responsabilidad por los perjuicios causados a aquélla, quien además obró culposa y negligentemente... desde el momento en que celebró con Rafael Echavarría Restrepo un contrato importante... sin conocerlo... y aceptó una ejecución negocial llena de incertidumbre, hasta el punto que consignó a favor de aquél considerable cantidad de dinero en una cuenta que de antemano conocía como cuenta bancaria, sin más garantía de su congelación —ilegal— que la palabra de un gerente...".

10. Analiza la exposición de Francisco José Andrade Camacho, sobre la conversación sostenida en la gerencia del banco por las partes tantas veces identificadas y extrae de ella apartes pertinentes, que confirman que "entre estas partes se hizo un pacto de caballeros confiando cada uno en el cumplimiento de la otra parte, puesto que evidentemente existían sistemas bancarios más seguros que se hubiera podido recurrir a ellos".

11. Con relación a la cuenta corriente, arguye el Tribunal que ésta se abrió con conocimiento de las personas que "en una u otra forma" representaban a Activentas, como que hicieron en ella las consideraciones de los títulos valores de que da cuenta en este proceso, hasta completar los $ 11.000.000.00 moneda corriente, tantas veces mencionados, y que el banco, al recibir a "título precario", pero a través de cuenta corriente, la suma indicada, contrajo las obligaciones propias del contrato de cuenta corriente, y entre ellas "la que permite al cuenta corrientista disponer, total o parcialmente, de sus saldos mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el banco" y mal podría entonces, legalmente, negarse, a través de su gerente, a entregar a su titular, Echavarría Restrepo, la correspondiente chequera. Y remata finalmente el *ad quem* que "el encargo de confianza que Fabio Trujillo Jiménez asumió 'ante las partes del negocio de la leche' quedó a nivel de 'un pacto de caballeros' entre éstas, jurídicamente irrelevante para la institución".

III. El recurso extraordinario y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia extractada interpuso casación el demandante, abogamiento que desarrolla en cinco cargos, cuatro de ellos dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y uno en el campo de la causal segunda, *ejusdem*, que, como lo impone la técnica de casación, por tratarse de un sedicente error de procedimiento procede estudiar delanteramente, alterando el orden propuesto por el recurrente.

Causal segunda.

Cargo único. "No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de la demanda ni con los hechos que constituyen la *causa petendi*".

1. En desenvolvimiento del cargo deriva el recurrente la violación de "desconocer la sentencia los hechos constitutivos de la pretensión formulada en la demanda", lo que produjo la absolución del banco demandado y alega que la incongruencia puede provenir "no sólo por incumplir proferir un fallo en consonancia con las pretensiones de la demanda o las excepciones propuestas, sino también por producir un fallo en desacuerdo con la *causa petendi* o los hechos que la estructuran...".

2. Y continúa con otras divagaciones tendientes a lograr la prosperidad de su pretensión, las cuales no vale la pena transcribir, según se verá a continuación.

SE CONSIDERA

1. *La sentencia dictada en este proceso, contra la cual se interpuso el recurso de casación que hoy se estudia, es de las declarativas negativas, o desestimatoria o absolutoria desde el punto de vista del demandado. Referida la causal segunda invocada, no a las razones del juez sino a la inconsonancia de la sentencia con la demanda o las excepciones propuestas, no puede decirse que en el caso de la sentencia desestimatoria haya inconsonancia o incongruencia, pues el juez al fallar negativamente las pretensiones, se refirió a todas ellas, sólo que negándolas.*

2. *Ha sido doctrina constante de la Corte la de que la sentencia totalmente absolutoria no puede ser atacada por incongruente, porque en el fallo de dicho contenido quedan resueltas todas las súplicas de la demanda y demás pretensiones de los litigantes. En sentencia de 20 de marzo de 1973, dijo en efecto esta Corporación: "Cosa distinta de no decidir un extremo de la litis es resolverlo en forma adversa al peticionario. En el primer supuesto, el fallo sería incongruente y, en consecuencia, atacable en casación con base en la causal segunda; en el segundo no, puesto que la sentencia desfavorable implica un pronunciamiento del sentenciador sobre la pretensión de la parte, que sólo podrá ser impugnada a través de la causal primera, si ella viola directa o indirectamente la ley sustancial. De lo contrario, se llegaría a la conclusión de que el fallo sólo sería congruente cuando fuere favorable a las pretensiones del demandante, o a las excepciones del demandado, lo que a todas luces es inaceptable" (G. J., CXLVI, 50).*

De lo dicho se colige que este cargo no puede prosperar.

Causal primera.

Primer cargo. Acusa a la sentencia de ser violatoria "de los artículos 28 y 30 del Código de Procedimiento Penal, por aplicación indebida"; los artículos 1494, 2341, 2344, 2347 y 2356 del Código Civil, por falta de aplicación; y de los textos 183, 187, 197, 213, 251, 252, 253, 258, 264 y 268 del Código de Procedimiento Civil, "con violación de medio", todo ello por falta de apreciación de los medios probatorios que enlista el recurrente.

1. En desarrollo del cargo, arguye el recurrente, que si el Tribunal hubiera apreciado debidamente las probanzas que detalla, habría encontrado como "hechos claros y ostensibles":

a) Que el demandado en este proceso es únicamente el Banco Industrial Colombiano;

b) Que el absuelto en el proceso penal es José Gabriel Fabio Trujillo Jiménez, quien "tuvo apenas, en este negocio, la calidad de simple declarante";

c) Que el proceso penal se siguió contra José Gabriel Fabio Trujillo Jiménez y Rafael Echavarría Restrepo, por el delito de estafa;

d) Que el banco, como persona jurídica, no tuvo en el proceso penal condición de sindicado, aunque sí lo fue su gerente Trujillo Jiménez; y

e) "Que el presente proceso se adelanta para responsabilizar al banco demandado, de hechos y actos ilícitos en que incurrió Trujillo Jiménez, durante el tiempo en que ejerció la representación" de la entidad demandada.

Continúa el casacionista su razonamiento aseverando que por no haber llegado el Tribunal a las conclusiones anteriores, asimiló los dos procesos y "dedujo de ellos un mismo efecto, de todo lo cual llegó a la conclusión, con grave error de hecho, de que era el caso de dar aplicación al artículo 30 del Código de Procedimiento Penal".

2. Como pruebas no apreciadas por el Tribunal, el censor señala las siguientes: el poder otorgado por la sociedad demandante para demandar al Banco Industrial Colombiano; las certificaciones expedidas por la Superintendencia Bancaria sobre existencia y representación legal de éste; la demanda inicial del proceso en su parte petitoria.

Y dice, de otra parte, que fueron apreciadas indebidamente las providencias de 19 de febrero de 1981 y 28 de enero siguiente, proferidas en su orden por el Juzgado Primero del Circuito Penal de Bogotá y el Tribunal Superior de este Distrito, por las cuales se sobreseyó definitivamente al sindicado Trujillo Jiménez, "y para nada se refirieron a la entidad bancaria, precitada".

Concretando el yerro de facto que denuncia, dice el censor que consistió en estimar que el sobreseimiento en favor de José Gabriel Trujillo, "en la acción penal que se le seguía por estafa, tiene o ha tenido la virtud de impedir que, civilmente se demande al Banco Industrial Colombiano, por hechos y actos ilícitos en que incurrió" el mentado Trujillo Jiménez.

3. Y luego de citar jurisprudencias para abonar su causa, el recurrente dice que el error de hecho apuntado condujo al Tribunal a quebrantar, por los conceptos que precisa, las normas legales sustanciales que en este cargo señala.

Se considera

1. *El perjuicio que se cause a una persona origina una relación jurídica de responsabilidad entre la víctima y el autor del hecho dañoso. Los*

elementos esenciales de esta relación son invariablemente los tres siguientes: el daño, la culpa, y la relación de causalidad entre ésta y aquél.

2. Es pertinente recordar que tanto la jurisprudencia como la doctrina citan como fuentes de la responsabilidad civil, las siguientes cuatro clases de actos generadores, a saber:

a) El ilegal, que es "intrínsecamente incorrecto, puesto que viola un mandato o una prohibición del derecho";

b) El abusivo, que no es ilícito en sí, "sino por la circunstancia del fin para el cual se realizó", o sea que corresponde al ejercicio de un derecho en sentido contrario a su finalidad ontológica;

c) El negativo, o por omisión, que resulta de la inejecución de obligaciones positivas impuestas a determinadas personas, o bien en la omisión de un acto o en la falta de una intervención o de una iniciativa, cuando se les considera como deberes jurídicos positivos; y

d) El de riesgo o excesivo, desarrollo de la teoría de la culpa objetiva, en donde el deber de reparar el daño dimana de la idea de que quien ejecuta una actividad generadora de riesgo tiene que responder de las consecuencias de su realización independientemente o abstracción hecha de la consideración de culpa.

Los citados actos en todo caso obedecen al albedrío de la naturaleza humana. Aún la llamada responsabilidad por el hecho de los animales o de las cosas, remonta su causa eficiente a la voluntad del propietario, quien en acción u omisión, se colocó en la hipótesis fáctica prevista en la ley. De donde es forzoso afirmar que las personas naturales responden como consecuencia de sus actos y hechos y las personas jurídicas lo hacen como consecuencia de los de sus agentes, que son personas físicas. Así lo ha reconocido la Corte en oportunidades múltiples, cuando, luego de aceptar la amplia capacidad de obrar de las personas jurídicas, dice que la responsabilidad civil por actos ilícitos no sólo corresponde a la persona natural, sino al ente colectivo, por el hecho de sus legítimos representantes en el desempeño de sus cargos.

3. No teniendo las personas de derecho público y las personas jurídicas en general voluntad, sino que, por mandato de la ley, los actos volitivos de sus agentes o representantes producen efectos sobre el patrimonio social y comprometen al ente ficto, no pueden ellas cometer delitos o culpas en la esfera de la normatividad penal; tales hechos o actos sólo pueden ser juzgados en cabeza de sus autores, los agentes, quienes son responsables personalmente de las sanciones: de las penales, sufriéndolas; y de las civiles, indemnizando a la persona jurídica de los perjuicios que le haya causado con su acto, considerando entre ellos, las indemnizaciones que ésta debe pagar al tercero que resultó dañado con el acto punible del agente.

Pretende el actor, en el presente caso, derivar una responsabilidad civil extracontractual a cargo del Banco Industrial Colombiano que conduzca a servir de fundamento a la indemnización de los perjuicios que sufrió Activentas Limitada, como consecuencia, dice la demandante, de los actos delictuosos cometidos por Rafael Echavarría Restrepo "con la

colaboración del Gerente de la Sucursal Comercio Internacional del Banco Industrial Colombiano...", señor José Gabriel Fabio Trujillo Jiménez.

4. Procede entonces analizar, delanteramente, cuál fue "la colaboración" de éste en el delito cometido por el citado Rafael Echavarría Restrepo, que es el fundamento cardinal de la demanda y en lo cual se fundamenta la responsabilidad que se le imputa al banco demandado. Porque a todo lo largo del proceso se pone de manifiesto el interés de la sociedad demandante para demostrar, luego de afirmarlo insistentemente, que la causa eficiente del perjuicio sufrido por ella fue la conducta de Trujillo Jiménez, que no duda en calificar de delictiva.

Pero lo que es evidente e indiscutible, pues es verdad ya juzgada por la jurisprudencia penal, que si ciertamente Rafael Echavarría Restrepo cometió un delito que repercutió gravemente en los intereses patrimoniales de la sociedad "Activentas Limitada", también lo es, pues igualmente lo dijo la justicia penal en decisiones firmes por encontrarse ejecutoriadas, que en ese delito no hubo participación alguna de Trujillo Jiménez, gerente de la sucursal del banco demandado. Dicen las providencias proferidas por la jurisdicción penal, en efecto, que "en realidad de verdad se ha comprobado que el procesado referido —José Gabriel Fabio Trujillo Jiménez— no tuvo ninguna participación en los hechos que dieron origen a la iniciación de este proceso", que no son otros que los que la demandante cita como generadores del perjuicio causado y cuya indemnización pretende del banco.

5. Por cuanto aparece plenamente probado que en la ejecución del hecho ilícito, que la demandante cita como causa de la responsabilidad, no tuvo participación o injerencia alguna, por lo cual lo absolvieron, el gerente o agente de la entidad bancaria demandada, tiene que seguirse que no hubo hecho ilícito por parte de Trujillo Jiménez y, por ende, no hay de su parte ni de parte del banco que él gerenciaba responsabilidad por los daños que sufrió la demandante. Esta no demostró el hecho delictivo que imputa al mentado Trujillo Jiménez; y, contrariamente, en el proceso está acreditada la inocencia de él en sus actos como gerente del Banco Industrial Colombiano. Y como eso fue, exacta y justamente, lo que en el punto dijo el Tribunal al anular las sentencias de 19 de febrero de 1981 y 28 de enero siguiente, proferidas en su orden por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior de este Distrito, no puede decirse que la sentencia recurrida haya interpretado erróneamente estas probanzas, ni, por ende, que haya error de hecho.

Porque, como en repetidas ocasiones lo ha dicho la Corte refiriéndose a las previsiones del artículo 30 del Código de Procedimiento Penal, los efectos de la cosa juzgada en materia criminal inciden en el proceso civil, en los tres eventos que él consagra:

a) Cuando el hecho causante del daño no se cometió;

b) Cuando sí existió el delito, pero el autor de éste no es el acusado; y

c) En el caso que éste haya obrado en el cumplimiento de un deber o en legítima defensa. Y porque, como lo expresó la Corte en su sentencia

de 17 de octubre de 1951, "frente a la prueba de una causa conocida, no cabe ya la presunción de que otras, más o menos probables, hayan sido las determinantes del daño cuya reparación se demanda".

6. Lo dicho es suficiente para que la Corte rechace, como en efecto lo hace, la censura analizada.

Cargo segundo.

1. Su planteamiento es del siguiente tenor: "Aplicación indebida del artículo 2341 del Código Civil, e interpretación errónea de los artículos 2347 y 2356" del mismo ordenamiento legal; y la falta de aplicación del artículo 21 del Código Penal.

2. En el inicio de la fundamentación extracta apartes del fallo acusado en lo referente a:

a) Que el supuesto normativo de la responsabilidad extracontractual es el artículo 2341, *ejusdem*;

b) Que "las personas jurídicas no son responsables de la responsabilidad por el hecho ajeno, descrito en el artículo 2347 siguiente. Por tanto, trátase de responsabilidad directa que, como es sabido, reclama prueba de la culpa", salvo cuando el daño se produce en ejercicio de una actividad peligrosa; y

c) Que la actividad bancaria no tiene el carácter de peligrosa, "*per se* no tiene capacidad para producir daños...".

3. Avanzando en el desenvolvimiento de esta censura, dice el casacionista que incurrió en error *in judicando* el *ad quem* al afirmar que la actividad bancaria no es, *per se*, actividad peligrosa, pues, agrega el recurrente, la doctrina y la jurisprudencia tienen dicho lo contrario, y que teniendo tal carácter debe aplicarse en el caso el artículo 2356 citado.

Y añade que si bien el Tribunal "no ignoró la existencia del artículo 2341 del Código Civil, ni la de los artículos 2347 y 2344, pero, por omisión, no los aplicó a la solución del litigio, como ha debido hacerlo, ya que por mandato del artículo 21 del Código Penal, en desarrollo del artículo 19 de la misma obra, cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo".

Se considera

1. El resumen que de este cargo se ha hecho, permite advertir, al primer golpe de vista, que en su postulación el casacionista incurre en evidente yerro de técnica al denunciar "aplicación indebida" e "interpretación errónea" de textos legales, que la sentencia impugnada no hizo actuar.

2. Tanto el fallo de primer grado, como el proferido por el Tribunal Superior de Bogotá y que aquí es el recurrido extraordinariamente, son, por su contenido, de carácter negativo frente a la pretensión del demandante, pues la desestiman totalmente, y relativamente a la demandada son

absolutorios. Y si el fallo del *ad quem* es absolutorio, eso significa que no se aplicaron en él los artículos 2341, 2344, 2347 y 2356 del Código Civil; y si no se hicieron actuar en la sentencia esos textos legales, resulta ilógico acusarla por inaplicación y por interpretación errónea de ellos.

Tanto la aplicación indebida como la interpretación errónea son conceptos del quebranto de una ley sustancial que corresponden a su violación por comisión; si el fallo omite hacer actuar unos preceptos, el quebranto de éstos, en tal supuesto, si lo hay es por omisión o inaplicación, jamás por interpretación errónea o por aplicación indebida.

3. *Como lo ha dicho la Corte en oportunidades que son muchedumbre, "interpretar erróneamente un precepto legal es, en casación, aplicarlo al caso litigado por ser el pertinente, pero atribuyéndole un sentido o alcance que no le corresponde. De consiguiente, el quebranto de una norma sustancial, en la especie de interpretación errónea, excluye la falta de aplicación de la misma; y excluye igualmente la aplicación indebida, porque en el caso del yerro hermenéutico se aplica la disposición legal que corresponde, pero con una inteligencia que no puede dársele, en tanto que en la aplicación indebida se emplea el precepto que no corresponde al caso litigado".*

Y ampliando su concepto, en la misma sentencia agregó la Corte: "Es verdad que el juzgador, al dosatar el conflicto de intereses que se le ha presentado para su composición, puede dejar de aplicar la norma pertinente de derecho sustancial o aplicar la impertinente por haberla interpretado equivocadamente. Pero, así en la primera como en la segunda de estas dos hipótesis, el verdadero concepto de la violación, dentro de la técnica del recurso extraordinario, no es la interpretación errónea, sino la inaplicación o la aplicación indebida, respectivamente" (G. J., CXLIII, 168).

4. *Y resulta también repugnante a la lógica que, contra una sentencia totalmente absolutoria, como lo es la aquí recurrida en casación, se acuse por aplicación indebida de un artículo, en este caso el 2341 del Código Civil, que precisamente por no haberse hecho actuar en el fallo, pues el Tribunal* ad quem *estimó que no se daban los supuestos fácticos necesarios para ello, dio como resultado la desestimación de la pretensión de la demandante. La doctrina y la jurisprudencia lo tienen ya establecido, pues tal es lo que indica la lógica jurídica, que la aplicación indebida sólo ocurre cuando se aplica una norma que es ajena al asunto materia de la decisión.*

Por lo dicho, se desecha también este cargo.

Tercer cargo.

1. Por éste se acusa la sentencia de quebrantar los artículos 1631, 1638, 1639, 1640 y 2347 del Código Civil, por falta de aplicación y los artículos 213, 219, 220, 224, 226, 227, 228 del Código de Procedimiento Civil, "normas que dejó de aplicar desconociendo el valor objetivo de las mismas", como consecuencia de "error de hecho manifiesto por no apreciación de varios documentos presentados con la demanda"; falta de

apreciación de la prueba testimonial, de la pericial y de la inspección judicial practicada en primera instancia; e interpretación errónea de la demanda; errores que llevaron al Tribunal a absolver al banco en la parte resolutiva del fallo.

2. En la fundamentación del cargo hace el recurrente un enlistamiento de los "varios documentos presentados con la demanda, con su análisis", cuya síntesis es:

a) "Carta-contrato" de abril 4 de 1979, suscrita únicamente por Echavarría Restrepo, en la cual constan las condiciones de la venta de 500 toneladas de leche en polvo y la condición, tantas veces mencionada, para el pago del sobreprecio;

b) Carta de 31 de mayo de 1979, dirigida a Fabio Trujillo Jiménez, en su calidad de gerente del banco, por el apoderado de Delio J. Mora, Gerente de Activentas, en la cual se le informa que el contrato no ha sido cumplido por Echavarría Restrepo, le recuerda el depósito de los $ 11.000.000.00, le advierte de su responsabilidad "no sólo civil o comercial, sino penal por su parte y de quien en alguna forma coadyuve a la apropiación indebida de la suma depositada" y remata diciéndole que "cuento con que usted se abstendrá de hacer entrega a él, o a tercera persona de los dineros depositados en la cuenta de la referencia".

3. Por lo que hace a la por él denunciada "errónea interpretación de la demanda", el casacionista simplemente resume los hechos octavo, noveno y décimo del escrito inicial y transcribe los hechos doce y trece del mismo.

4. Procede luego a trasuntar los testimonios de Gustavo Herrera Estrada, Omar Rivera Ospina, Francisco José Andrade Camacho, Bernardo Fabio Arango Ruiz, José Gabriel Fabio Trujillo Jiménez y Luis Eduardo Becerra, los cuales, según el recurrente, no fueron apreciados por el Tribunal. Y dice que con ellos se demuestran la existencia del contrato de compraventa de 500 toneladas de leche entre Activentas Limitada y Rafael Echavarría Restrepo; el depósito de los $ 11.000.000.00, en la cuenta corriente de Echavarría en el Banco Industrial Colombiano; que esos millones no podían ser retirados por éste hasta tanto no presentara los documentos provenientes del Idema, que demostraran el cumplimiento de su obligación; y que de todo esto tenía conocimiento Fabio Trujillo Jiménez, en su calidad de gerente del banco, como que en su oficina tuvo lugar una reunión en la cual todo ello se convino. El último deponente, Becerra, llanamente afirma que no tuvo injerencia en la apertura de la cuenta corriente de Echavarría R.

5. Continúa el recurrente afirmando que el Tribunal no apreció "la diputación para el pago" que Echavarría confió al establecimiento, aceptada por el gerente del banco para recibir los $ 11.000.000.00, con la única "condición de que Echavarría le presentara las facturas de Idema para la entrega de la leche".

SE CONSIDERA

1. Del resumen que se ha hecho de este cargo tercero, al primer golpe de vista se infiere que él ofrece una deficiencia de técnica, cual es el de

no integrar la indispensable proposición jurídica completa, defecto que lo torna ineficaz.

En efecto. En sentencias que son muchedumbre, ha dicho la Corte que "cuando la sentencia del Tribunal *ad quem* decide sobre una situación dependiente, no de una sola norma sino de varias que se combinan entre sí, la censura en casación, para ser cabal, tiene que investir la forma de lo que la técnica llama proposición jurídica completa. Lo cual se traduce en que si el recurrente no plantea tal proposición, señalando como vulnerados todos los textos legales que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano" (sentencia de 15 de febrero de 1974, ordinario de Ferretería Cida contra Almacenes Generales de Depósito, no publicada en la *Gaceta Judicial*).

2. Estima el casacionista que el Tribunal de segundo grado, dejó de aplicar al caso debiendo haberlas hecho actuar en él, las normas legales sustanciales regulativas del fenómeno de la diputación para recibir el pago: en este cardinal discurso fundamenta la censura.

Acontece, empero, que si, como lo afirma el censor, dichos preceptos legales tenían que aplicarse evidentemente en este litigio, era por deferencia específica del Código de Comercio, más concretamente del artículo 822, según el cual "los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa...".

Si, pues, es esta norma jurídica la que ordena que las normas del derecho civil, en este caso las que regulan la diputación para el pago, deben aplicarse en los actos jurídicos mercantiles, como lo son, en el supuesto que se analiza, la compraventa de la leche, el depósito o la cuenta corriente, para integrar la proposición jurídica el recurrente estaba perentoriamente obligado a denunciar la violación del artículo 822 del Código de Comercio, por falta de aplicación, puesto que habría sido precisamente el desconocimiento u olvido de este específico precepto la determinante de la inaplicación de las normas del Código Civil cuyo quebranto sí se denuncia. Sin olvidar que a la Corte no le es dado, por impedírselo el carácter eminentemente extraordinario de la casación, considerar oficiosamente violaciones no denunciadas.

3. Pero además, si el problema se enfoca por responsabilidad contractual, como parece tomarlo el casacionista en este cargo y no por responsabilidad extracontractual, habría que determinar la naturaleza del contrato que generó las obligaciones que se dicen incumplidas por el gerente del banco demandado.

Porque, mírese como se mirare la cuestión litigiosa, ora como compraventa mercantil, ya como depósito entre comerciantes, o, por último, como cuenta corriente, cualesquiera de estas fuentes de las obligaciones tienen indiscutible sabor mercantil. Y las normas legales que lo gobiernan, las que determinan sus efectos, tendrían que haberse denunciado como infringidas para integrar la indispensable proposición jurídica com-

pleta, lo que evidentemente no hace el recurrente en el cargo que aquí se analiza.

4. Por lo dicho, esta censura tampoco está llamada a prosperar.

Cargo cuarto.

1. Su planteamiento viene concebido en los siguientes términos: *Error de hecho por falta de apreciación de la inspección judicial realizada el 27 de agosto de 1982, y de la prueba pericial conexa a ella, con lo cual el Tribunal violó las siguientes normas de derecho sustancial: los artículos 180, 183, 233, 237, 236, 241, 244, 245 y 246 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con los artículos 2341, 2347, 2344 y 2356 del Código Civil.*

2. En desenvolvimiento de esta censura, expresa el impugnador que la inspección judicial referida, practicada con intervención de peritos sobre los libros y documentos del Banco Industrial Colombiano, Sucursal Comercio Internacional, demuestra que allí se abrieron dos cuentas a Rafael Echavarría Restrepo: "una con el carácter de cuenta corriente, la número 31-645452-09 y la otra con el carácter de ahorros, número 363"; y que del dictamen de los peritos Altamar Cotes y Jiménez Alvarez que actuaron en esa diligencia, aparece que en esa cuenta corriente se consignaron $ 11.000.000.00, de los cuales por orden de la justicia penal se entregaron a Activentas Limitada $ 6.199.439.50, "resultado así que Activentas perdió $ 4.800.560.50 moneda corriente".

Agrega además el censor que para avaluar los perjuicios sufridos, no apreciados en su totalidad por los anteriores dos peritos, o sea los correspondientes a "los intereses" de la suma pedida y a "la desvalorización monetaria, y otros gastos", los expertos designados al efecto, Julio Benetti y Edmundo Cepeda, "de común acuerdo, fijaron el monto de tales perjuicios, en la suma de $ 44.772.068.00".

3. Rematando la formulación de este cargo, dice el casacionista: "Si el Tribunal hubiese reconocido que Trujillo Jiménez, por los actos dolosos y culposos, que atrás quedaron determinados, causó los perjuicios que reclama Activentas Limitada, habría tenido que reconocerlo así en su fallo, y no proceder a confirmar el fallo del juzgado, por el cual se absolvió al banco de los cargos de la demanda".

SE CONSIDERA

1. Al analizar este cargo, advierte la Sala delanteramente en que su planteamiento no se expresa el concepto del quebranto de las normas legales sustanciales que se denuncian como violadas por la sentencia combatida: si por inaplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea, como lo previenen los artículos 368, 373 y 374 del Código de Procedimiento Civil; y esta falla de técnica es por sí sola suficiente para desechar la censura.

2. Ello no obstante, para advertir la improcedencia de este cargo habría que observar que mediante él el censor acusa la sentencia por no

haber apreciado la prueba de los perjuicios que la demandante dice se le han causado, o sea la inspección judicial y los dictámenes periciales. Por tanto, denuncia error de hecho evidente por inapreciación de estos dos medios de demostración.

Pero si la conclusión cardinal de los juzgadores de instancia consistió en que no hubo el hecho o acto ilícito del gerente de la sucursal del banco demandado, como lo dicen las decisiones de la justicia penal, no es dado deducir la responsabilidad civil. Y, para ser lógicos, faltando el acto doloso o culposo, que, se repite, es el fundamento del fallo negativo del Tribunal y que el recurrente no ataca en este cargo, no es jurídicamente permisible imponer una condena a indemnizar perjuicios que si existieron no fueron causados por la entidad bancaria demandada, ni por su agente el señor José Gabriel Fabio Trujillo Jiménez.

De nada sirve, pues la independencia y autonomía de los cargos en casación impide aceptar en este cargo las referencias que en él se hacen de los fundamentos de otros. Ha dicho la Corte, en efecto, que en este recurso extraordinario "los cargos formulados contra la sentencia son autónomos, tienen individualidad propia"; y, que, "por lo tanto, para su eficacia cada uno de ellos debe proponerse en forma concreta, completa y exacta para que la Corte, situada dentro de los límites que le demarca la censura y en congruencia con ellos, pueda decidir el recurso sin tener que moverse oficiosamente a completar la acusación, lo que no entra en sus poderes" (*G. J.*, CXVIII, 204).

4. Si en este cargo 4º no se ataca el fundamento de la sentencia en torno a la inexistencia de responsabilidad civil demandada, por falta de hecho doloso o culposo, y si los cargos no pueden en casación complementarse el uno con otro u otros, pues son independientes, no es dable, lógica ni jurídicamente, decir que hay error de hecho del Tribunal por inapreciación de la prueba que acredita cuantitativamente el perjuicio.

No prospera pues este cargo.

IV. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 29 de octubre de 1984, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Bolero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

CONSULTA

AMBITO DE COMPETENCIA FUNCIONAL. A través de la consulta el ad quem adquiere competencia para analizar y resolver la parte de la sentencia que se refiere a la persona o entidad en cuyo favor se estableció la consulta y no en relación con lo tocante a otros demandados que no apelaron.

Corte Supremo de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

Bogotá, D. E., 21 de octubre de 1985.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 11 de marzo de 1983, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el proceso ordinario de María del Carmen Domínguez viuda de Gómez y otros contra la Empresa de Obras Sanitarias de Santander S. A., Emposan, por virtud de la cual revocó la de primer grado dictada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bucaramanga con fecha 16 de julio de 1981.

I. El litigio

a) En escrito, repartido al Juzgado Primero Civil del Circuito de Bucaramanga, la señora María del Carmen Domínguez viuda de Gómez y sus hijos Rosa Adelia, Antonio María, Angélica, María Helena, Dolores, Trinidad, Higinio, Jesús María Eliécer, Cecilia, Teresa y Aminta Gómez Domínguez, demandaron a la empresa Emposan, para que por los trámites de un proceso ordinario de mayor cuantía se declarara que les "pertenece el dominio pleno y absoluto" sobre el predio rural denominado Las Raíces o Las Llaves, situado en el Municipio de Lebrija y comprendido en los linderos señalados en dicho libelo. Así mismo, pidieron los demandantes que se condenara a Emposan a la restitución del predio, a la indemnización por mejoras, bajo la calificación de posee-

dor de mala fe en la entidad demandada, y si no fuere posible la restitución el pago del valor comercial del inmueble "a la fecha, previo el avalúo comercial". Por último, pidieron la condena al pago de las costas y gastos del proceso y así como "las demás sumas que resultaren liquidadas".

b) La *causa petendi* la parte demandante la fundamentó en los siguientes hechos:

Que los demandantes adquirieron por herencia de acuerdo a proceso de sucesión consignado en la Escritura ... protocolizado en la Notaría Tercera de Bucaramanga, el 31 de octubre de 1966, el predio cuya reivindicación se demanda, sucesión registrada en la Oficina de Registros Públicos del Círculo de Bucaramanga, el día 24 de agosto de 1966.

Que en septiembre de 1964 la empresa que en ese entonces denominada Acuasur, hoy Emposan, y el Municipio de Lebrija ocuparon de hecho el terreno en una extensión aproximada de una hectárea del predio Las Raíces o Las Llaves, de propiedad de los demandantes.

Que los demandantes no han negociado en forma alguna con las entidades referidas el lote de terreno ocupado por éstas.

Que los demandantes, siendo la mayoría menores de edad, "fueron usurpados de los derechos de posesión material y goce del lote desde el año de 1964 y que desde entonces Emposan posee reputándose dueña, sin serlo", "como quiera que no puede presentar título de adquisición de dicho terreno".

Que Emposan ha establecido equipos, maquinarias e instalaciones propios para funcionamiento del acueducto de que se surte de aguas potables la población de Lebrija, en el lote ocupado, del que es poseedora.

Que Emposan está en la imposibilidad de adquirir por prescripción el bien, que tiene un valor aproximado de un millón de pesos.

c) Notificado el auto admisorio de la demanda y cumplido el traslado, Emposan se opuso a las pretensiones de los demandantes alegando frente a los hechos que "no aparece que el causante hubiera adquirido con anterioridad a su muerte el derecho de dominio sobre el referido inmueble, y es sabido que la partición, no por sí sola es título constitutivo de dominio", que el terreno fue entregado por el Municipio de Lebrija a Acuasur, hoy Emposan, en virtud de los convenios para la construcción del acueducto, que se remontan a 1968 y en los que aquél daba como aporte, precisamente, el citado predio, que ha sido, en todo tiempo, poseedora de buena fe.

La entidad demandada propuso las excepciones "de falta de derecho para reivindicar" pues "es menester presentar título de adquisición anterior a la posesión del demandado" y de ilegitimidad de personería del demandante "porque en el proceso no obra el poder cuya falta se ha notado".

d) Por su parte, Emposan denunció el pleito al Municipio de Lebrija, para lo cual adujo los siguientes hechos:

Que mediante contrato 046 de 1962, 4 de septiembre, Acuasur, hoy Emposan, se comprometió con el Municipio de Lebrija a ejecutar obras para la construcción de la planta de tratamiento, y el municipio además del aporte en dinero asumió el deber de entregar los terrenos necesarios para la ejecución de las obras, adquirir las servidumbres del caso y a pagar y responder por las indemnizaciones que se causen a los propietarios afectados. Emposan "entró a tomar posesión de los terrenos donde actualmente se encuentran las instalaciones de la planta de tratamiento de aguas de la cual se surte la población de Lebrija".

Que el 14 de mayo de 1965 se firmó un nuevo convenio entre Acuasur y el Municipio de Lebrija, por medio del cual éste se obliga a suscribir acciones por la suma de $ 200.980.00, correspondientes a inversiones hechas con anterioridad, entre las que se encuentran los terrenos demandados en reivindicación.

Que el 9 de agosto de 1966 se firmó el contrato 091/66, en el que el Municipio de Lebrija se obliga a entregar los terrenos y las servidumbres para la construcción de la planta de tratamiento, que se hizo extensivo en el contrato 099/66. Que en virtud de todos esos contratos es por lo que Emposan es poseedora del predio reivindicado y que por haberlo recibido del Municipio de Lebrija, le corresponde a ésta salir en la defensa de los aportes para la construcción de la planta de tratamiento.

De conformidad con el artículo 51 del Código de Procedimiento Civil, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bucaramanga, admitió la denuncia del pleito, providencia que no fuera recurrida por el apoderado de los demandantes sino que por el contrario, promovió el impulso del caso para la notificación al Municipio de Lebrija (escrito folio... cuaderno ...) y lo citó, para que interviniera en el proceso. Notificado el Alcalde de Lebrija de la denuncia presentó, por intermedio de apoderado judicial, escrito de contestación, pero por fuera del término de los siete días señalados para tal efecto y que le sirvió de fundamento al juzgador de instancia para decir que "no se tiene en cuenta el escrito presentado por el representante del Municipio de Lebrija".

II. Sentencias de instancia

1. Después de agotado el trámite de rigor, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bucaramanga, desató la controversia por medio de la sentencia de 13 de julio de 1971, en la que accedió a las pretensiones de los demandantes, reconociendo el dominio sobre el predio reivindicado y condenó a Emposan S. A. y al Municipio de Lebrija a restituir "previo el retiro de las instalaciones del acueducto y en el término de dos meses" el inmueble demandado en la acción de dominio y en subsidio de esto al pago de la suma de $ 2.110.000.00 y a los frutos naturales *in genere*; absolvió a los demandados de las demás súplicas; los condenó en costas y dispuso que se consultara con el Tribunal Superior, "si no se recurre".

2. La sentencia fue recurrida por la parte demandante, quien mostró su inconformidad en el punto de los frutos dejados por percibir. Así mismo expresó su rechazo con la consulta ordenada en la sentencia, porque

"el fallo debe condenar, íntegramente, a Emposan, como entidad privada, como quiera que es esta la empresa que viene ocupando a título personal...".

Entonces, el proceso llegó al Tribunal en virtud de la apelación de los demandantes y por la vía de la consulta. Así lo entendió, tramitó y decidió el *ad quem*.

Cumplidas las etapas propias de la apelación y de la consulta, el Tribunal dictó la sentencia de 11 de marzo de 1983, revocando la de primera instancia para absolver "a la parte demandada Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Santander S. A., y a la parte a la cual se le denunció el pleito Municipio de Lebrija (S.)" y condenar a las costas del proceso a la parte demandante.

El Tribunal comienza con el estudio de la circunstancia procesal surgida por la consulta, para llegar a la conclusión que sí era procedente, en contra de las argumentaciones de la parte demandante. Estimó, luego de hacer un recuento de la actividad procesal desplegada en procura de la intervención del Municipio de Lebrija, que era su deber "avocar el conocimiento y análisis de la juridicidad de toda la sentencia y frente a todas las personas subsumidas en el proceso, es decir, no únicamente con limitación a lo desfavorable al apelante y una consulta aparentemente parcial".

Bajo el entendimiento de su competencia para entrar a estudiar la sentencia del *a quo*, en su doble aspecto de la apelación propuesta por los demandantes y de la consulta, entró el Tribunal sobre el punto de la reivindicación deprecada, para llegar a la conclusión que no podía accederse a ella, por cuanto no estaba demostrado uno de los elementos propios de la acción de dominio, como es la falta "de un título válido e idóneo para oponer al hecho de la posesión material de la parte principalmente demandada y ese hecho material no se prueba con otros títulos (como inconsecuentemente llegó a sostenerlo el *a quo*), sino apelando a toda la gama de medios de prueba de que dispone el derecho procesal para demostrar un hecho, y entre esos medios, tiene para el caso singular importancia, la propia confesión de la parte actora inserta en la demanda, según la cual la posesión material de Emposan S. A., debe contarse (por lo menos) a partir de septiembre de 1964". Para rematar: "Sin adentrarse entonces el Tribunal al espinoso tema del efecto de las sentencias aprobatorias de un trabajo de partición de bienes relictos, encuentra con inusitada claridad que el fallo del sentenciador del primer grado se montó sobre principios jurídicos relativos a titulación y evaluaciones de la prueba, que no corresponden a los temas que con sencillez y diafanidad deben mirarse desprevenidamente en la acción de dominio. El fallo está entonces llamado a ser revocado en todas sus partes, y así lo dispondrá la Sala en virtud de la plenitud de la acción que le otorga la vía de consulta. Ha fallado ostensiblemente el requisito del 'derecho de dominio en el demandante', toda vez que no pudo acreditarse para el lapso que va de septiembre de 1964 al 24 de agosto de 1966 (tiempo de posesión material que se endilga al principal demandado de autos), y ello, es más que suficiente para que se tenga que revocar la ligera sentencia del señor Juez Primero

Civil del Circuito de Bucaramanga, que ha venido al Tribunal por vía de consulta y apelación. Todavía no comprende la Sala cómo el fallador de la instancia inferior, apreciando de bulto la circunstancia en cuestión (pues llegó hasta subrayarla según puede verse al final del folio 69 del cuaderno número 1), no se pronunció con base a tan protuberante arista y, sí envolvió su definición en una presunta omisión de prueba de la propiedad (?), o de la posesión del demandado, sin reparar en que el propio gestor había abonado con creces ese terreno, relevando a Emposan S. A. de tener que demostrar *el inicio* de su vinculación posesoria al bien entrabado en este pleito".

Y sobre esas bases conceptuales y en las apreciaciones probatorias referidas el Tribunal sentó la conclusión que se debía revocar el fallo de instancia y absolver tanto a la entidad demandada como a la denunciada en el pleito, o sea, al Municipio de Lebrija.

3. Inconforme la parte demandante con el fallo del sentenciador de segundo grado, interpuso el recurso de casación, que le fue concedido y tramitado en esta Corporación, con sujeción a las normas rituales de rigor.

III. La demanda de casación

Dos cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, uno con apoyo en la causal 4ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y en la 1ª del mismo precepto, que en el mismo orden se procede a su estudio.

Cargo primero. Al amparo de la causal 4ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se acusa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga por contener decisiones que hicieron más gravosa la situación de la parte demandante que fue la que apeló únicamente la sentencia de primer grado.

Para demostrar el cargo, sostiene el recurrente, a manera de resumen, que con la sentencia se hizo más gravosa la situación de la parte recurrente en casación, que fue la misma apelante:

Porque la demanda se dirigió, por los demandantes, contra Emposan, quien a su vez le denunció el pleito al Municipio de Lebrija "cuya intervención como *litis consorte* no fue, aceptada por haber comparecido tardíamente al proceso".

Porque erró el juzgador del conocimiento al haber condenado al Municipio de Lebrija, cuando éste no fue aceptado como *litis consorte*.

Porque erró el juzgado de conocimiento al haber ordenado la consulta.

Porque erró el Tribunal al tratar de reconocer al Municipio de Lebrija como interviniente. Porque erró el Tribunal al considerar que una condena injusta contra el Municipio de Lebrija "toda vez que no había sido legalmente parte del proceso y una consulta mal concedida, le autorizaba para revocar el fallo y conocer la plenitud de toda la actuación".

SE CONSIDERA

La censura se monta sobre la improcedencia de la consulta, que le abrió el camino para que el Tribunal procediera, en ese grado, a negar las pretensiones de los demandantes, y que frente a la decisión del a quo, *resultó, consiguientemente, gravosa, puesto que éste había estimado en buena parte aquéllas.*

Si se examina, sin mayores esfuerzos, la sentencia de segundo grado se encuentra, como lo apunta el censor, que le fue desfavorable al apelante, bajo el entendimiento de que en la primera instancia se le había reconocido determinados derechos, que, sin separación entre la consulta y la apelación, le fueron desconocidos luego por el Tribunal, cuando absolvió a las entidades demandada y denunciada en el pleito, sin advertir que frente a Emposan, en virtud de que no interpuso recurso de apelación, debía mantenerse la firmeza del fallo y que sólo procedía revisarse en lo atinente al Municipio de Lebrija con motivo de la consulta.

Y, en verdad, la parte demandante fue la que apeló la decisión del a quo. *Eso significa que Emposan, como demandada, mostró su conformidad con el fallo, desde el momento mismo que no impugnó la decisión. Por este aspecto, resultaba invulnerable la sentencia de primera instancia. Entonces, la apelación debía contraerse a revisar los aspectos de la inconformidad del recurrente, sin que le fuera permitido al* ad quem *alterar su contenido en perjuicio del apelante.*

Por eso, el Tribunal, al revocar el fallo del juzgado, hizo más gravosa la situación del apelante, puesto que también absolvió a la entidad demandada que aceptó, por la situación procesal de no impugnación, los términos de la sentencia.

En cambio, sí procedía el estudio y decisión global en derredor de la condena impuesta al Municipio de Lebrija, por cuanto en su favor, precisamente, se surtió y tramitó la consulta, de conformidad con las previsiones del artículo 386 del Código de Procedimiento Civil. Mas, se ha de insistir, en lo locante al mencionado municipio, sin que lo decidido frente a Emposan fuera materia de confrontación posterior, que permitiera una reforma en perjuicio del apelante.

Cuando la entidad demandada Emposan denunció el pleito al Municipio de Lebrija, lo hizo en ejercicio de un legítimo derecho de exigir que éste compareciera al proceso para defenderlo ante las pretensiones de los demandantes. No era, en principio, demandado, pero sí, a través de la figura de la denuncia del pleito, adquiría una posición en el proceso que no se podía desconocer. Los motivos para procurar la intervención del mencionado municipio, se vislumbran desde el mismo escrito de contestación de la demanda: Acuasur (hoy Emposan) y el Municipio de Lebrija, celebraron varios convenios en virtud de los cuales éste le entregaba a aquél los terrenos y servidumbres necesarios para la construcción de las obras de ingeniería sanitarias para el suministro de agua purificada a la población de Lebrija, y entre los predios dados en cumplimiento de los convenios está el que se demandó en reivindicación en este proceso.

Entonces, la presencia del Municipio de Lebrija era, tal como lo señaló la entidad demandada, necesaria, puesto que el predio pretendido en la acción reivindicatoria lo estaba poseyendo ésta en virtud de la entrega hecha por aquél, de manera que su intervención procesal se concretara a la defensa de los derechos tanto del denunciante como del denunciado.

Precisamente, en desarrollo de la denuncia del pleito se notificó al Alcalde de Lebrija, confiriendo poder a un profesional del derecho, quien en escrito extemporáneo se hizo presente en el proceso, lo que motivó que el juez del conocimiento, por providencia ejecutoriada, reconociera la personería otorgada por el Alcalde de Lebrija, pero sin tener "en cuenta el escrito presentado por el representante del Municipio de Lebrija".

Es decir, se desestimó, por su extemporaneidad, el libelo de contestación de la denuncia y de la demanda, sin que esto significara una exclusión procesal del municipio denunciado. Tanto es así como el juzgado, al momento de pronunciar el fallo, impuso la condena, en el punto 2, a "Emposan S. A. y al Municipio de Lebrija (S.) a restituir a los demandantes, previo el retiro de las instalaciones y en el término de dos meses, el siguiente segmento de lote...". Indiscutible, pues, la condena al Municipio de Lebrija, independientemente de la posición adoptada por los demandantes, sobre el particular, quienes al momento de presentar el escrito de apelación estimaron que "el fallo debe condenar, íntegramente, a Emposan, como entidad privada, como quiera que es ésta la empresa que viene ocupando a título personal".

Al imponerse la condena, pues, al Municipio de Lebrija procedía la consulta, pero no para que el Tribunal tuviera ocasión de revisar lo resuelto frente a la otra entidad demandada, Emposan, que, como se dijo, no mostró inconformidad con la sentencia de primera instancia, sino exclusivamente en derredor de la decisión condenatoria del municipio citado, puesto que la consulta sólo abría el camino para revisar la decisión en relación con el ente público en cuyo favor se tramitaba.

Al observarse, entonces, que la sentencia agravó la situación del apelante, a pesar de la limitación existente, ha de prosperar el cargo, de suerte que como Tribunal de instancia la Corte decidirá sobre los puntos de inconformidad del recurrente en la alzada. Empero, no se abordará lo atinente a la absolución hecha en favor del Municipio de Lebrija, puesto que la consulta fue desatada en favor de éste, sin que surja el principio prohibitivo de la reformatio in pejus. Es decir, sólo en el aspecto del agravio, se estudiará el fallo impugnado, para casar parcialmente. Y no obstante la prosperidad parcial del primer cargo, se estudiará el segundo, puesto que el ataque es contra la decisión del Tribunal, que comprende lo resuelto en virtud de la apelación y, al mismo tiempo, de la consulta.

Cargo segundo. Con fundamento en la causal 1ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se acusa la sentencia "por ser violatoria en forma indirecta de los artículos 946, 947, 950, 952, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 669, 673, 762, 764, 765, 739, 745, 949, 756, 779 y 1401 del Código Civil, por falta de aplicación, a consecuencia de error de derecho en la apreciación de las pruebas de la parte demandante con las que demostró el derecho de dominio sobre el inmueble reivindicado,... que-

branto final de los artículos 251, 252, 253, 254, 256, 258, 262, 264,... 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 226 y 232 del Código de Procedimiento Civil".

Sostiene el recurrente que el Tribunal partió de una apreciación equivocada sobre que el demandante no demostró el derecho de dominio "entre la iniciación de la posesión de los demandados y el registro de la partición de la sucesión de Facundo Gómez y adjudicaciones a los demandantes", que lo llevó a la conclusión de la falta de uno de los elementos estructurales de la acción reivindicatoria, desconociendo el valor probatorio de la partición de don Facundo y las hijuelas de adjudicación del único bien inventariado a los herederos demandantes, así como las declaraciones de Alfredo García Mantilla y Luis Alejandro Vargas y las respuestas dadas por los demandados a los hechos de la demanda, "pruebas todas que demuestran plenamente el mejor derecho de los demandantes".

Luego, entra el casacionista en el análisis de diferentes textos legales para mostrar que los demandantes tienen un mejor derecho sobre el predio cuya reivindicación se demandó "la sucesión por causa de muerte, dice el artículo 673 del Código Civil, es un modo de adquirir el dominio de los bienes de la persona que fallece. La ley ha establecido el procedimiento que se debe seguir para distribuir los bienes de una sucesión entre los herederos y ha querido que entre la posesión del *de cujus* y la del heredero se considera que no hay interrupción, de modo que la partición se tiene por hecha el mismo día del fallecimiento del causante"; cada asignatario dice el artículo 1401 del Código Civil, se reputa haber sucedido inmediatamente y exclusivamente al difunto, en todos los efectos que le hubieren cabido y el artículo 779 *ibidem* agrega: "Cada uno de los partícipes de una cosa que poseía proindiviso se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión".

"4º Si el efecto retroactivo de la partición sitúa la adquisición de los bienes en la fecha de la muerte del causante, que es el de la declaración de la herencia (Arts. 1012 y 1013 del Código Civil), es apenas lógico que el registro de la sentencia de partición y el de las hijuelas, se considere efectuada en esa misma fecha. Así lo acepta la jurisprudencia en relación con el registro de los actos y contratos que causan mutación o traslado de la propiedad.

"5º Según la partida de defunción de Facundo Gómez (Cuaderno 1, folio 14), la muerte de éste ocurrió el día dieciséis (16) del mes de octubre del año de mil novecientos sesenta y uno (1961). En esa fecha de acuerdo con el efecto retroactivo de la partición y con las disposiciones que gobiernan el modo de la sucesión por causa de muerte, se defirió su herencia y se transmitió la posesión de sus bienes a sus herederos y en esa misma fecha debe considerarse como la de la hijuela de adjudicación y no la de su registro, que se retrotrae a la primera".

Por último, expresa la censura, la sentencia tomó como punto de partida de la posesión de los demandados el año de 1964, "aceptando lo afirmado en la demanda; los demandados la quieren hacer remontar a tiempo muy anterior y hablan de un permiso dado por el dueño para que

pudieran establecer las instalaciones del acueducto, pero no hay ninguna prueba sobre el particular en el expediente. En cambio los citados declarantes, acordes en lo sustancial, la fijan en el mismo año de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) y dicen que conocieron no sólo a Facundo Gómez sino a Benigno Gómez su padre, en posesión material del inmueble en referencia, desde hace unos treinta años y que hace como dieciséis (16) años fue ocupado por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Santander y el Municipio de Lebrija; que los hijos a la muerte de su padre continuaron en posesión y allí tenían cultivos de yuca, piña y plátanos. Luis Alejandro Vargas añade, que cuando era Concejal en Lebrija, conoció de un proyecto para indemnizar a la viuda y a los hijos menores por la ocupación del inmueble".

Se considera

Como quedó dicho, el censor acusa la sentencia por el desconocimiento del valor probatorio de la sentencia aprobatoria de la partición en la sucesión de Facundo Gómez, de las hijuelas de adjudicación a los demandantes, las declaraciones de Alfredo García y Luis Alejandro Vargas y las respuestas dadas por los demandados. Más en la concreción de la violación destaca que se produjo "a consecuencia de error de derecho en la apreciación de las pruebas de la parte demandante".

Pues bien, en el afán de demostrar el cargo, el casacionista dirige la acusación señalando, en buena parte, errores de hecho en la apreciación de las pruebas, cuando el yerro de valoración lo ubica dentro de la órbita de derecho, en cuanto pretende enjuiciar la sentencia por el desconocimiento de lo dicho "en las respuestas dadas por los demandados a los hechos de la demanda" y a las declaraciones de Alfredo García Mantilla y Luis Alejandro Vargas, quienes depusieron sobre la posesión del predio tanto de Facundo Gómez como la de su padre Benigno Gómez "desde hace unos treinta años y que como 16 años fue ocupado por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Santander y el Municipio de Lebrija".

Si el Tribunal, al interpretar los escritos de contestación de la demanda, encontró el momento de la posesión en la parte demandada en el año de 1964, no pudo desacertar en la contemplación jurídica de dichos escritos, puesto que su producción o eficacia, así como su evaluación, la tuvo en cuenta de acuerdo con las normas que regulan la materia, que impedirían un yerro jurídico. Cuestión distinta, es que se diga, como lo hace el casacionista, que el *ad quem* le dio una equivocada interpretación a los indicados libelos, en cuyo caso, el quebranto se daría por error de hecho. Esto es, no acertó en el ataque de este medio probatorio.

Tampoco pudo el sentenciador de segundo grado infringir norma legal de regulación probatoria al desconocer, como lo afirma la censura, los testimonios de Alfredo García Mantilla, y Luis Alejandro Vargas, si lo que se quería hacer ver es que habían sido ignoradas en el fallo, particularmente, el momento de la posesión de don Facundo y de su padre sobre el predio cuya reivindicación se instó; era su deber atacar la

sentencia en este punto, a consecuencia de error de hecho, y no de derecho, como se consignó en el cargo.

En cambio, para el *ad quem* jugó un papel importante en su decisión el escrito de demanda, en cuanto afirma: "3. En septiembre del año 1964, la empresa en ese entonces denominada Acuasur y hoy Emposan, y el Municipio de Lebrija ocuparon de hecho el terreno que se determina en el plano anexo a esta demanda en una extensión de aproximadamente una hectárea, la cual está contenida dentro del terreno arriba anotado", y que le sirvió para decir: "Sin atenernos para nada a la contestación de la demanda y, yendo a una fuente más segura de información: lo reportado en la demanda por el libelista, se establece que Emposan tiene posesión material del predio debatido desde el mes de septiembre de 1964 hasta nuestros días". Y lo cierto es que el censor no ataca este aspecto de apreciación del Tribunal, que, por tanto, permite mantenerla en su integridad probatoria. En idéntico sentido, se muestra la consideración hecha por el Tribunal sobre el registro inmobiliario que data del 24 de agosto de 1966, constatado oficiosamente por éste, que lo llevó a la conclusión que el derecho alegado por los demandantes es posterior a la posesión reconocida en favor de Acuasur (hoy Emposan) y del Municipio de Lebrija, que tampoco combate el casacionista, como era pertinente. Así mismo, apreció el Tribunal la Escritura Pública 1046 de 11 de abril de 1958 de la Notaría Primera del Círculo de Bucaramanga, en su contenido sustancial, pero no combatida por el recurrente.

Es decir, si la sentencia se apoya en varios puntos, o en multiplicidad de pruebas, era indispensable que se atacaran y aniquilaran todas, para permitir su infirmación; de suerte que si no viene comprendida en la acusación todos los soportes o las pruebas que sirvieron de respaldo el fallo, por la presunción de certeza con que llega precedida, no se puede quebrar. Y, como ha quedado dicho, unas pruebas fueron desconocidas por el censor, y otras presentadas por error de derecho, cuando han debido ser montadas por error de hecho, que impedirían el quebranto, de la sentencia, por las deficiencias que adolece el cargo.

No prospera, entonces, el cargo.

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Como quedó advertido al estudiar el primer cargo, el Tribunal reformó la sentencia apelada en perjuicio de la parte apelante, cuando absolvió a la entidad demandada, Emposan, que no recurrió la decisión del *a quo*, puesto que la consulta reservaba el estudio y revisión del fallo pero particularmente en derredor del Municipio de Lebrija.

El apelante manifiesta su inconformidad con la condena a los frutos por cuanto ha debido hacerse teniendo en cuenta la condición de poseedor de mala fe en la entidad demandada, Emposan. Pero lo cierto es que el sentenciador de primera instancia lejos de reputarlo como tal le dio el carácter de mala fe cuando dijo: "De suerte que la sola afirmación de Emposan en el sentido de que se considera dueña del predio porque el Municipio de Lebrija le hizo aporte de él, no tiene ningún fundamento

de derecho, pues ninguna persona en Colombia, y menos dos entidades públicas pueden ignorar, que nuestro estatuto positivo exige la escritura pública más el registro inmobiliario para la tradición de esta especie de bienes inmuebles. Desvirtuada como se halla la buena fe que pregona la demandada, ésta deberá ser condenada por razón de los frutos naturales.

"Sin embargo, la tasación hecha por los peritos no puede acogerse, pues a simple vista adolece de impresión y de error. Para el efecto, el cálculo se hizo tomando el 1% del precio actual del terreno ocupado, lo cual contiene dos errores: El primero, calcular como si se tratara de frutos civiles o intereses sobre un capital, y el segundo, que es su consecuencia, no se hizo el cálculo de las cosechas o de lo que se producía en cada año, pues es de evidencia que de 1964 a 1980 los precios han venido en espiral ascendente. La condena por frutos naturales se hará consiguientemente en forma abstracta".

Entonces, no hay razones legales que justifiquen la modificación de la sentencia del *a quo*, porque en su decisión comprendió favorablemente el punto de reclamo del apelante. En esas condiciones, se confirmará el fallo del Juzgado Primero Civil del Circuito, en cuanto accedió a las súplicas de la demanda referidas a Emposan, por lo cual se dictará la sentencia de reemplazo, excluyendo al Municipio de Lebrija.

Resolución

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia de fecha 11 de marzo de 1983, proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, y actuando como Tribunal de instancia,

Resuelve:

1. Pertenece el dominio pleno y absoluto a los señores: María del Carmen viuda de Gómez, sus hijos Rosa Delia Gómez D., Antonio María, Angélica, María Helena, Dolores, Trinidad, Iliginio, Jesús María Eliécer, Cecilia, Teresa, Aminta, Orlando, Nubia y Benito, domiciliados y residentes en Lebrija, el sector del fundo rural denominado Las Raíces o Las Llaves, ubicado en el Municipio de Lebrija y comprendido el fundo global por los siguientes linderos: Por el Sur, con propiedades de Eliseo Serrano, después de Nieves Serrano de Calderón, luego de Ramón Vargas V. sirviendo de lindero un vallado y cerca de alambre; por el Oriente, con propiedades antes de Ramón Vargas, con herederos de Gregorio Parra, después de Nepomuceno Torres, de por medio el camino real hoy carreteable que de Lebrija conduce al sitio de La Angula y una cerca de alambre que deslinda con propiedades antes de Bernardo Plata, luego de José de J. Chaparro y herederos de José González; por el Norte la quebrada de Las Raíces, ésta aguas abajo desde el punto donde la atraviesa el camino real antes mencionado, hasta donde se encuentra una

aguada pública conocida con el nombre de Ojito de ñor Lacio, deslindando con propiedades urbanas de la población de Lebrija, y por el Occidente, con propiedades de Ramón Vargas V. antes sirviendo de lindero un peñasco y cerca de alambre".

2. Se condena a Emposan S. A. a restituir a los demandantes, previo el retiro de las instalaciones del acueducto y en el término de dos meses el siguiente segmento de lote situado dentro del descrito en el ordinal anterior, y con la siguiente alinderación o identificación: Por el Norte y Occidente con la carretera que conduce a Motoso y que se desprende de la carretera central que de Bucaramanga conduce a Barranca en extensión de ciento sesenta y seis (166) metros aproximadamente; por el Oriente lindando con la finca Las Raíces o Las Llaves, de los mismos demandantes; por el Sur con propiedades de Lorenzo Barragán en extensión aproximada de sesenta y dos (62) metros y por el Oriente en extensión de ciento treinta (130) metros.

3. Se condena a Emposan S. A. en subsidio de lo ordenado en el punto anterior, a pagar a los demandantes en el término de dos meses, la suma de dos millones ciento diez mil pesos ($ 2.110.000.00).

4. Se condena *in genere* a Emposan S. A., a pagar a los demandantes el valor de los frutos naturales.

5. Se absuelve a Emposan S. A. de las demás súplicas.

6. Se absuelve al Municipio de Lebrija de las súplicas de la demanda.

7. Costas en la primera y segunda instancia a cargo de la parte demandada —Emposan S. A.—. Tásense.

8. Sin costas en casación.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

RECURSO DE ANULACION DEL LAUDO

Competencia para conocer de este recurso.

REVISION

Causal 8ª artículo 380 del Código de Procedimiento Civil. No incluye nulidades acaecidas con anterioridad al fallo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

Bogotá, D. E., 25 de octubre de 1985.

Decide la Corte el recurso extraordinario de revisión propuesto por el Fondo Vial Nacional contra la sentencia proferida el 31 de octubre de 1981 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del trámite del recurso de anulación del laudo de 6 de mayo de 1981, mediante el cual el Tribunal de Arbitramento dirimió las diferencias que surgieron entre aquél y la Compañía de Trabajos Urbanos Ltda. por razón del contrato número 354-77, suscrito entre las entidades mencionadas el 26 de julio de 1977.

I. Antecedentes

a) En demanda admitida el 22 de marzo de 1983 y con invocación de las causales 7ª y 8ª del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, el Fondo Vial Nacional, establecimiento público creado por la Ley 64 de 1967, domiciliado en Bogotá, pide que, con citación de la Compañía de Trabajos Urbanos Ltda., sociedad domiciliada en Bogotá, y constituida por Escritura pública número 8352 de 14 de diciembre de 1953 de la Notaría Segunda de Bogotá, la Corte revise la sentencia de 31 de octubre de 1981, mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá declaró infundado el recurso de anulación que la entidad pública había interpuesto contra el precitado laudo y

que como consecuencia, "debe declarar que la providencia acusada es nula y por tanto, no puede producir efecto alguno";

b) La sociedad demandada se opuso oportunamente, se practicaron las pruebas solicitadas y las partes alegaron de conclusión dentro del correspondiente traslado.

Como se encuentra cumplido el trámite propio de este recurso extraordinario, satisfechos los presupuestos procesales y no se observa nulidad alguna, la Corte procede a decidir el recurso.

II. Consideraciones de la Corte

1. Como es sabido y lo ha reiterado la Corte, la revisión, como medio de impugnación de sentencias ejecutoriadas, ha sido establecida por la ley para infirmar aquellas que han culminado un proceso donde se violó el derecho de defensa (causales 7ª y 8ª), o sea desconoció el principio de la cosa juzgada (causal 9ª) o sea causó agravio a la justicia (causales restantes del artículo 380 C. de P. C.).

2. El recurrente ha invocado la causal 7ª y la sustenta así: "Además, tanto en la etapa arbitral como en la surtida, erróneamente, ante el citado honorable Tribunal se omitió la notificación al agente del Ministerio Público, omisión que también es causa de que la sentencia, por tal aspecto, sea indudablemente nula".

3. Como quedó reseñado la parte recurrente en este proceso de revisión es la misma que demandó la anulación del laudo arbitral y que el Tribunal Superior de Bogotá declaró infundada. Es decir, no sólo intervino en el proceso de arbitramento sino que, además, mostró su inconformidad con lo decidido por el Tribunal respectivo, al demandar su anulación. Esto significa, que, por expreso y categórico mandato del artículo 674 del Código de Procedimiento Civil, se le cierre el camino para alegar dicha causal "no podrá alegarse la causal séptima del artículo 380 por la parte que interpuso el recurso de anulación". Y la razón es obvia: si el que como parte en un proceso de arbitramento recurre a enmendar la anulación del laudo es porque tiene la oportunidad de alegar todo lo que sea conducente para la defensa de sus intereses y derechos, según las causales del artículo 672 del Código de Procedimiento Civil, particularmente para advertir cualquier defecto en la tramitación del respectivo proceso y lograr el remedio oportuno; por eso, la gestión sanea cualquier vicio proveniente de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento.

Lo dicho es suficiente, entonces, para denegar en este aspecto el recurso.

4. El impugnante funda ataque a la sentencia referida en la causal 8ª del artículo 380 del Código citado y la sustenta en la siguiente forma:

"El conocimiento del recurso de anulación de un laudo arbitral por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial debe entenderse, en su recto sentido, referido al conocimiento de controversias nacidas de contratos de derecho privado entre particulares o entre éstos y la administración, *pero no respecto de laudos arbitrales pronunciados en materia contractual*

administrativa, pues se desconocería así la unidad de jurisdicción que quiera que el Juez de derecho público sea el competente para resolver litigios de derecho público y el Juez de derecho privado el competente para resolver cuestiones de derecho privado'' (subraya del recurrente).

En apoyo de su tesis el impugnante cita y transcribe apartes de providencias del Tribunal Administrativo de Antioquia y de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, fechadas el 26 de mayo de 1978 y el 18 de febrero de 1982, respectivamente; refiere que dichos Tribunales aceptaron la competencia de los Tribunales administrativos y del Consejo de Estado para conocer de estos asuntos.

Más adelante manifiesta: ''La sentencia, cuya revisión solicito, adolece de nulidad puesto que fue dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que carecía de jurisdicción''.

5. *La Corte recuerda que la causal octava de revisión —''existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso''—, no incluye nulidades acaecidas con anterioridad al fallo. Para subsanar éstas existen remedios distintos de la causal invocada, que debieron ser utilizadas en la oportunidad que señala el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil. En múltiples providencias ha sostenido la Corte que esta causal sólo procede para remediar la nulidad que tiene origen únicamente en la sentencia, como cuando se define un proceso terminado por uno de los medios anormales —perención, desistimiento, transacción—, o se condena a persona que no figuró en el proceso como parte, el fallo constituye la suma preclusión del proceso y no existe, entonces, medio distinto de subsanar esa clase de nulidad.*

La competencia para conocer del recurso de anulación de laudos arbitrales, proferidos para resolver conflictos originados en contratos administrativos, sólo vino a ser atribuida al Consejo de Estado por el artículo 128, numeral 12 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 1 de 1984); antes era reconocida a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial con el procedimiento y por las causales establecidas en el artículo 672 del Código de Procedimiento Civil.

Los supuestos vicios que el recurrente endilga al fallo atacado, fácilmente se observa, no han podido ser sobrevinientes a la sentencia sino precedentes, razón por la cual, como se dijo, no permite la invocación de la causal 5ª de revisión.

El recurso extraordinario por este aspecto tampoco prospera.

III. Decisión

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1) Declárase infundado el recurso de revisión propuesto por el Fondo Vial Nacional contra la sentencia de 31 de octubre de 1981, proferida

por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del trámite del recurso de anulación del laudo de 6 de mayo de 1951, que dirimió las diferencias surgidas entre aquél y la Compañía de Trabajos Urbanos Ltda. por razón del contrato número 354-77 suscrita entre esas entidades el 26 de julio de 1977.

2) CONDÉNASE al recurrente al pago de las costas y perjuicios, para lo cual se hará efectiva la caución prestada, previa liquidación de los mismos que se efectuará por el procedimiento del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

3) COMUNÍQUESE a la Compañía Seguros Universal que el recurrente fue condenado a pagar costas y perjuicios.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Hernando Tapias Rocha, José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Gómez Uribe, Horacio Montoya Gil, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero.

Inés Galvis de Benavides
Secretaria.

INDICE ALFABETICO

1985

A

Acción de reparación directa y cumplimiento, 95.

Acción reivindicatoria, 390

Acción rescisoria por lesión enorme, 300.

Arrendamiento de local comercial, 431.

B

Bienes de la sociedad conyugal, 260.

C

Caducidad y prescripción, 325.

Casación

Carácter extraordinario, 334.

Disposiciones contradictorias, 7, 334.

Incongruencia, 448.

Proposición jurídica completa, 291, 448.

Reformatio in pejus, 69.

Violación ley sustancial, 7, 119, 218, 260, 266, 291, 347.

Certificado del Registrador, 241.

Competencia, 69, 466.

Competencia funcional Sala Casación Civil, 404.

Condición resolutoria tácita, 125.

Consulta, 202, 466.

Contrato (interpretación), 239.

Contrato

Depósito, 367.

Hospitalización, 407.

Seguros, 229.

Transporte, 229.

Corrección monetaria, 266.

Cosa juzgada, 202, 448.

Custodia de los hijos, 45.

D

Declaración de pertenencia, 241.

Demanda (interpretación), 189.

F

Fuerza mayor, 229.

G

Guarda de menores, 45.

I

Imperativos jurídicos, 427.

Incumplimiento recíproco de los contratantes, 125.

J

Jurisdicción disciplinaria, 83.

L

Lesión enorme, 302.
Linderos, 218.
Litis consorcio necesario, 378.
Local comercial, 481.

M

Mutuo disenso tácito, 125.

N

Nulidad procesal, 188.

P

Pacto de retroventa, 23.
Paternidad natural
Caducidad efectos patrimoniales, 325.
Petición de herencia, 87.
Posesión notoria, 34, 347.
Prueba testimonial, 59.
Relaciones sexuales, 52.
Patria potestad, 46.
Perjuicios (prueba), 182.
Pertenencia, 241.
Petición de herencia, 87.
Promesa de compraventa (linderos), 218.
Promesa de contrato (acciones), 182.
Prueba
Contradicción, 160, 188.
Documental, 34.
Finalidad, 160.
Publicidad y contradicción, 34.
Testimonio, 188.
Trasladada, 160.

R

Responsabilidad extracontractual
Actividad peligrosa, 152.
Concurrencia de culpas, 152.
Concurso activo de culpas, 206.
De las personas jurídicas, 448.
Fuentes, 158.
Recurso de anulación del laudo, 478.
Revisión
Causal Núm. 7º Art. 380, 241.
Causal Núm. 8º Art. 380, 476.
Finalidad, 241.

S

Separación indefinida de cuerpos
Alimentos, 211.
Hijo menor, 45.
Sentencia (adición y aclaración), 444.
Simulación, 23.
Sociedad conyugal (régimen de bienes), 260.
Sociedad de hecho (disolución y liquidación), 334.

T

Testamento, 110.
Testimonio
Práctica y contradicción, 188.
Técnica, 110.

INDICE

Págs.

CASACION. DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS. *No se da esta causal de casación cuando hay incompatibilidad entre las decisiones surgidas de fallos diferentes, así hayan sido proferidas en el mismo proceso, la una en primera instancia y la otra en segunda. Como tampoco cuando las contradicciones existen en la parte motiva del fallo.*

VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL. *Los tres casos de violación: Aplicación indebida, interpretación errónea y falta de aplicación.* Sentencia del 29 de enero de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Martha Hoyos de Jackman contra "Texas Petroleum Company". Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.* 7

PACTO DE RETROVENTA. Finalidades prácticas de su celebración. El precio sirve realmente a un propósito de préstamo, con la garantía de la cosa que se vende, pero con la posibilidad de recuperación. Por sí solo no puede reflejar un contrato simulado de mutuo con hipoteca.

SIMULACION. *Reitera la Corte que la simulación de un contrato solamente puede ofrecerse cuando quienes participan en él están de acuerdo en celebrar un contrato aparente, que oculte la verdadera voluntad ante terceros.* Sentencia del 29 de enero de 1986. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el ordinario de Olga Ramírez de Guzmán contra Ganadería Saade Zableh Limitada y otro. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández* 23

PRUEBA DOCUMENTAL. PUBLICIDAD Y CONTRADICCION. *Cuando estos requisitos los documentos allegados con la demanda y de los cuales se hace expresa mención en ella.*

PATERNIDAD NATURAL. POSESION NOTORIA DEL ESTADO CIVIL DE HIJO NATURAL. *Elementos que la tipifican. Cómo debe analizarse la prueba testimonial.* Sentencia del 23 de abril de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Jorge Eliécer, Rafael y Hernando Moreno Niño contra Rafael Moreno Sanocral. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* 34

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. HIJO MENOR. *"La custodia de los hijos", "La patria potestad" y "La guarda de menores", son tres instituciones diferentes, aunque complementarias. Según la causal de separación de cuerpos demostrada, el juez aplicará al respecto la norma legal*

Págs.

que corresponda, ya que carece de facultad discrecional. Sentencia del 25 de abril de 1985. *Casa* en parte la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el abreviado de Isabel Cristina Angel Hoyos contra Hugo Hernández Estiño. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha* 45

PATERNIDAD NATURAL. RELACIONES SEXUALES. *La ocurrencia de las relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre del demandante tiene que coincidir, aunque sea en parte, con el lapso dentro del cual pudo verificarse la concepción del hijo que pretende su paternidad. No son prueba idónea de tales relaciones las declaraciones de oídas.* Sentencia del 26 de abril de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Alberto Muñoz contra Herederos de Rubén de Jesús Montoya Santamaría. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.* 52

PATERNIDAD NATURAL. PRUEBA TESTIMONIAL. *La severidad extrema en la apreciación de las pruebas en esta clase de procesos haría prácticamente irrealizable la comprobación judicial de la paternidad natural.* Sentencia del 27 de abril de 1985. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el ordinario de Hernán Sánchez contra Guillermo, Adolfino, José Angel y Aníbal Rojas, como herederos de José María Rojas Cardona. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* 59

COMPETENCIA. *Determinación de la cuantía para efectos de fijar la competencia funcional.*

INCONGRUENCIA. *No se da cuando el juez, por estar legalmente facultado, oficiosamente resuelve sobre cuestiones que son implícitas en la pretensión o excepción que acoja.*

REFORMATIO IN PEJUS. *Casos excepcionales en que el superior puede modificar la parte no apelada de una decisión jurisdiccional.* Sentencia del 15 de mayo de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Michel Limitada contra Ramón Gustavo Urquijo Castro. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* 69

JURISDICCION DISCIPLINARIA. [Por haber sido imposible conseguir el texto completo de esta sentencia, dada la importancia del tema se publica el extracto literal de ella, tomado de los "Extractos de Jurisprudencia" de la Relatoría de la Sala de Casación Civil].

NATURALEZA JURIDICA DE LAS SANCIONES IMPUESTAS EN SU EJERCICIO. *La sentencia mediante la cual se impone una sanción disciplinaria a un Magistrado no es asimilable a un acto de la administración y, por consiguiente, no es susceptible de control contencioso, ni procede su revocatoria directa.* Sentencia del 22 de mayo de 1985. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* 83

PATERNIDAD NATURAL Y PETICION DE HERENCIA. *Las dos acciones son de distinta naturaleza. Ambas se pueden acumular en la misma demanda, pero la petición de herencia no puede considerarse implícita en la*

Págs.

de filiación. Sentencia del 26 de junio de 1985. *Confirma* en parte la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el ordinario de Rodrigo Quintero contra herederos de Teófilo Pulgarín Vásquez. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil* 87

ACCION DE REPARACION DIRECTA Y CUMPLIMIENTO. *La acción para obtener la reparación del daño, causado por la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos, corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. Antecedentes en esta materia. El particular cumplimiento de un contrato de adjudicación celebrado para la realización de una obra pública, causa daños a terceros, responde directamente por la culpa en que incurra y de la acción conoce la jurisdicción ordinaria.* Sentencia del 11 de julio de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Julio Enrique Zuluaga contra Agregados y Mezclas La Iguana S. A. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil* 95

TESTAMENTO. *Inhabilidades. Prueba. Nulidad.*

TESTIMONIO TECNICO. *Noción. Error de hecho en su apreciación.* Sentencia del 16 de julio de 1985. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario de Edgar Camacho Duarte y otros contra Rosirira Granados de Novoa. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha* 110

CASACION. VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL. *Interpretación errónea. Independencia y autonomía de los cargos.* Sentencia del 16 de julio de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el ordinario de Rocío del Socorro Ruiz Ortiz contra Hayde Guerrero Martínez. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil* 118

MUTUO DISENSO TACITO. *No tiene esta regulación orgánica en el Código Civil. La jurisprudencia llena este vacío y para ello acude a los artículos 1602 y 1626, mas no al artículo 1546, que presupone un contrato cumplido. El mutuo disenso mantiene vigencia como necesario para disolver un contrato que se ha incumplido por ambas partes y ante la inevitable posición de no permanecer atado al negocio.*

CONDICION RESOLUTORIA TACITA. *Precisiones sobre los alcances del artículo 1546 del Código Civil.* Sentencia del 16 de julio de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Francisco Ruiz Mosquera contra Antonio Malcver. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández* 125

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. *Puntos: Responsabilidad directa o por el hecho personal. Responsabilidad directa por el hecho de personas que estén bajo el cuidado o dependencia de otra. Responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas o por actividades peligrosas. Prueba de la culpa y exoneración de culpa.* Sentencia del 16 de julio de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario de José Do-

Págs.

lores Bruzo Villota contra Leonor Narváez de Arias. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil* 138

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. *Concurrencia de culpas en actividades peligrosas. En principio la conducción de bicicletas es actividad peligrosa, aunque menos que la conducción de automotores, lo que da lugar a la concurrencia de culpas de los agentes, y como consecuencia a la compensación de culpas. La producción cuantitativa de la indemnización corresponde a la prudencia del juzgador.* Sentencia del 6 de julio de 1985. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el ordinario de María del Carmen Pino Rodríguez contra Electrificadora del Atlántico S. A. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* 152

PRUEBA. *Finalidad. Trasladada. Contradicción.* Sentencia del 18 de julio de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario de Josué Higuera Páez contra Isidro Flórez. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil* 160

DEMANDA. INTERPRETACION. *Es deber indeclinable del juzgador sobre todo cuando se halla frente a demandas que adolecen de imprecisión, interpretarlas para descentrañar la verdadera intención del demandante. El error de hecho en la interpretación de la demanda.* Sentencia del 19 de julio de 1985. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Luz Mariela Ruiz y otros contra herederos de Arturo Pérez Valdés. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* 169

PROMESA DE CONTRATO. ACCIONES. *Por tener carácter bilateral, el contratante cumplido tiene una acción alternativa de carácter principal para obtener la resolución o el cumplimiento y otra de carácter consecuencial para obtener la indemnización de los perjuicios.*

PERJUICIOS. PRUEBA. *Para que haya lugar a condena por perjuicios se requiere que éstos estén demostrados dentro del proceso. El incidente previsto por el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil no es oportunidad para demostrar su existencia.* Sentencia del 24 de julio de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Hernando Arnulfo Torres Peña contra Rubén Alfredo Durán Gómez. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil* 182

NULIDAD PROCESAL. *Legitimación para alegarla. Saneamiento. No todas las nulidades son saneables.*

PRUEBA. *Testimonio. Requisitos de forma. Práctica y contradicción. Prueba pedida oportunamente y practicada en forma extemporánea.* Sentencia del 31 de julio de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el ordinario de Nicolás Alfonso Giannico Polo contra herederos indeterminados de Vicente Giannico Sinisgalli. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil* 188

Págs.

CONSULTA. *En favor de quien está instituido este grado de competencia funcional. Aunque la sentencia hubiere sido apelada permanece sin ejecutoria mientras no se revoque la consulta consagrada en favor de quien estuvo representado por curador ad litem y fue vencido en el proceso.* Sentencia del 30 de julio de 1985. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el ordinario de Francisco Tulio Dávila contra Antonio José Rita y Ligia Rebellón Gil, como herederos de César Tulio Rebellón Gil. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Bolero* 202

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - ALIMENTOS. *La sentencia que condena al demandado de pagar alimentos a sus menores hijos, proferida por el Juzgado de Menores, no hace tránsito a cosa juzgada material.* Sentencia de 1º de agosto de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el abreviado de María del Carmen Garzón Vega de Gómez-Jurado contra Alvaro José Gómez-Jurado Porero. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil* 211

PROMESA DE COMPRAVENTA. LINDEROS. *Cuando versa sobre bienes inmuebles, éstos deben determinarse por sus linderos.*

CASACION. VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL. *Error de apreciación probatoria. Aplicación indebida en declaración oficiosa de nulidad. Precepto técnico de la falta de aplicación.* Sentencia del 2 de agosto de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario de Gloria María Ceballos Angulo contra Luz Elvira Solarte de Baena. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* 218

CONTRATO DE SEGUROS. SUBROGACION LEGAL. *Del asegurador que efectúa un pago. requisitos y suma o monto que limita el derecho del asegurador.*

CONTRATO DE TRANSPORTE. *Fuerza mayor como causal enunciativa. Interpretación de las cláusulas de enumeración o limitación de responsabilidad.* Sentencia del 6 de agosto de 1985. *Confirma* en parte la proferida por el Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso de Compañía Aseguradora Colseguros S. A. contra Corporación Nacional de Transporte Limitada "Conalcra". Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil* 224

DECLARACION DE PERTENENCIA. CERTIFICADO DEL REGISTRADOR. *El que debe acompañarse a la demanda no es cualquier certificado, sino uno en que, de manera expresa se indiquen las personas que figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro, o uno que de manera clara diga que sobre ese inmueble no aparece ninguna persona como titular de esos derechos.*

REVISION. *Finalidad. Término para interponerlo cuando se invoca la causal del numeral 7º del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil.* Sentencia del 6 de agosto de 1985. Declara nulo todo lo actuado en el proceso de pertenencia adelantado por Ricardo Vanegas Sierra, Hernando Carrillo Arango y Luis Antonio Paz Escobar contra personas indeterminadas

Págs.

nadra. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil* 247
Salvamento de voto del Magistrado: doctor *Héctor Gómez Uribe* 254

RÉGIMEN DE LOS BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. RECTIFICACION DOCTRINARIA. *Al entrar en vigencia, el 29 de enero de 1933, la Ley 28 de 1932, surgió una jurisprudencia válida sólo para el tránsito de legislación. Jurisprudencia actual.*

CASACION. VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL. *La interpretación errónea se da únicamente en la violación por la vía directa y por tanto descarta la cuestión de hecho.* Sentencia del 6 de agosto de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el ordinario de Yolanda Quarciola de Labarcés Pallares contra Rolando Enrique Mozo Jiménez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe* 260

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. *El alcance del concurso notorio de las culpas en la causación de los daños irrogados a otro. La solidaridad. Relaciones internas entre el codeudor que indemniza a la víctima y los demás responsables solidarios del daño.*

CORRECCION MONETARIA. *En la indemnización por culpa aquiliana.*

VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL. ERROR DE HECHO. *En la interpretación de los contratos. Requisitos.* Sentencia del 6 de agosto de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Victorino Velilla Restrepo y otros contra Cooperativa de Entidades para Empleados Limitada y otros. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* 265
Salvamento de voto del Magistrado: doctor *Humberto Murcia Ballén* ... 287

CASACION. VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL. *Proposición jurídica completa en la declaración oficiosa de una nulidad sustancial. Aplicación indebida e interpretación errónea, significado técnico de cada uno de estos conceptos de violación de la ley.* Sentencia del 9 de agosto de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Agustín Alberto Ochoa y otro contra Gregorio Ramírez Sánchez. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* 291
Adición al voto del Magistrado, doctor *Humberto Murcia Ballén* 299

LA OPCION. *Análisis de esta figura jurídica también llamada promesa unilateral de venta* 291

ACCION RESCISORIA POR LESION ENORME. *Es procedente en la venta precedida de promesa de contrato. Presunciones matrices. Opciones. Efectos.*

COSA JUZGADA. *Funciones. Límites. Juzgamiento implícito.* Sentencia del 30 de agosto de 1985. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario de Néstor Buitrago Trujillo y Esperanza González de Buitrago contra Iván Montoya Gómez. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil* 302

Págs.

PATERNIDAD NATURAL. *Caducidad de los efectos patrimoniales. Artículo 10 de la Ley 75 de 1968. Aplicación en el tiempo. Cuándo no opera.*

CADUCIDAD Y PRESCRIPCION. *Diferencias entre estas dos instituciones jurídicas.* Sentencia del 26 de agosto de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el ordinario de Jaime Humberto Torres contra herederos de Adolfo Hernández Cruz. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* ... 325

SOCIEDAD DE HECHO. DISOLUCION Y LIQUIDACION. *Son dos etapas del proceso que se distinguen claramente. El recurso de casación está reservado únicamente a la sentencia que se dicta en la segunda etapa y debe versar exclusivamente sobre las objeciones propuestas al darse traslado del trabajo de partición.*

CASACION. *Carácter extraordinario de este recurso. Cuando el sentenciador incurre en decisiones contradictorias, el correctivo en este recurso, a través de la causal 2ª del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.* Sentencia del 29 de agosto de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso de liquidación de sociedad de hecho formada por Fermín Mulanza Sáin y Ovidio Santiago Bueno. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil* ... 334

PATERNIDAD NATURAL. POSESION NOTORIA DEL ESTADO CIVIL DE HIJO NATURAL. *Elementos que la tipifican. Análisis de la prueba.*

CASACION. VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Modos de infringirla. Vía directa, demostración. Soberanía del fallador en la apreciación de las pruebas.* Sentencia del 29 de agosto de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el ordinario de Nancy Cruz de Espinel contra herederos de Liborio Enrique Correa Cancino. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* ... 347

CONTRATO DE DEPOSITO. *Perfeccionamiento. Remunerado. Responsabilidad del depositario. Obligaciones fundamentales del depositario. Sujetos del contrato. Parqueo de vehículos. Quién está legitimado para pedir salvaguardia al depositario.* Sentencia del 2 de septiembre de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Jaime Gil Yepes contra Angel Arturo Echeverry. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* ... 367

LITIS CONSORCIO NECESARIO. Noción e integración. VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL. *Autonomía de los juzgadores de instancia para apreciar la prueba testimonial. Error de hecho, ataque aislado de los medios de prueba.* Sentencia del 2 de septiembre de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Germán Cortés Tosarena contra Baudilino Caipera Méndez. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonnemoy Fernández* ... 378

Salvamento de voto de los Magistrados: doctores *Hernando Tapias R. y Alberto Ospina Botero* ... 389

Págs.

ACCION REIVINDICATORIA O DE DOMINIO. *Sus elementos esenciales. Cuando demandante y demandado presentan títulos en procura de demostrar cada uno su derecho, lo primero que debe analizarse es si dichos títulos se refieren al mismo bien. Identidad del predio; no es de rigor que los linderos se puntualicen de modo absoluto sobre el terreno. Basta que razonablemente se trate del mismo bien. No debe confundirse destinado y amojonamiento con reivindicación.* Sentencia del 6 de septiembre de 1985. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario instaurado por Gabriela Vélez Estrada contra Gerardo Fernández Ruvé. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* 390

COMPETENCIA FUNCIONAL DE LA SALA DE CASACION CIVIL. *De conformidad con el numeral 5º del artículo 25 del Código de Procedimiento Civil y lo previsto en el artículo XXXI de la "Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas" no es competente para conocer de procesos laborales promovidos contra agentes diplomáticos, por ciudadanos colombianos.* Auto del 9 de septiembre de 1985. Se declara incompetente para conocer del proceso ordinario laboral promovido por María Elena Murcia de Mosquera contra el Embajador Extraordinario y Plenipotenciario del Reino de los Países Bajos. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha* 404

CONTRATO DE HOSPITALIZACION. *Naturaleza de las obligaciones que adquiere la institución. De este contrato surgen dos clases de obligaciones, unas que son de su esencia y otras que requieren de estipulaciones especiales.* Sentencia del 12 de septiembre de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de José Heriberto Rodríguez Latorre y otros contra la sociedad "Clínica de la Magdalena Limitada". Magistrado ponente: doctor *Héctor Montoya Gil* 407

IMPERATIVOS JURIDICOS. *Deberes, obligaciones y cargas procesales. Características de las cargas procesales.* Auto del 17 de septiembre de 1985. *No repone* el auto proferido por la Corte, en el ordinario del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) contra Margarita Uribe. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil* 427

ARRENDAMIENTO DE LOCAL COMERCIAL. INDEMNIZACION POR DESALOJO INJUSTO. *Naturaleza. No constituye un derecho real de naturaleza mercantil, sino sigue siendo un derecho meramente personal y esencialmente relativo. Corresponde su ejercicio y por tanto la legitimación para deducirlo en juicio a quien sufra el daño, y de ese daño los de responder separándolo, quien lo ha causado y por su culpa.* Sentencia del 24 de septiembre de 1985. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Francisco Hernán Cadavid González contra Juan Manuel Aristizábal y otros. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha* 431

SENTENCIA. ADICION Y ACLARACION. *Cuándo es pertinente cada una de ellas. No se pueden hacer valer simultáneamente con relación a un mismo aspecto.* Auto del 30 de septiembre de 1985. *No adiciona* la sentencia pro-

Págs.

ferida por la Corte, en el ordinario de Néstor Buitrago Trujillo y otra contra Iván Montoya Gómez. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil* ... 464

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. *Pseudos. La de las personas jurídicas, actos ilícitos de sus agentes.*

COSA JUZGADA. *La cosa juzgada en materia criminal, su incidencia en el proceso civil.*

CASACION. *Inconsonancia, no se da en sentencia totalmente absolutoria. Proposición jurídica completa, en las obligaciones y negocios mercantiles en que aplique la ley civil, se requiere acusar como violado el artículo 822 del Código de Comercio. Independencia y autonomía de los cargos.* Sentencia del 11 de octubre de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Activarias Limitada contra el Banco Industrial Colombiano. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* ... 448

CONSULTA. AMBITO DE COMPETENCIA FUNCIONAL. *A través de la consulta el ad quem adquiere competencia para analizar y resolver la parte de la sentencia que se refiere a la persona o entidad en cuyo favor se estableció la consulta y no en relación con lo locuto a otros demandados que no apelaron.* Sentencia del 2.. de octubre de 1985. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario de María del Carmen Domínguez viuda de Gómez y otros contra Empresa de Obras Sanitarias de Santander "Emposan". Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández* ... 466

RECURSO DE ANULACION DEL LAUDO. *Competencia para conocer de este recurso.*

REVISION. *Causal 3ª, artículo 380 del Código de Procedimiento Civil. No incluye nulidades acaecidas con anterioridad al fallo.* Sentencia del 25 de octubre de 1985. Declara infundado el recurso propuesto por el Fondo Vial Nacional, contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández* ... 478

ADVERTENCIA

Además de las sentencias publicadas, la Sala de Casación Civil profirió durante los meses de enero a diciembre de 1985, las que se relacionan a continuación y que no se publican por falta de espacio.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Causal segunda. La circunstancia de tener que emplazar a la parte demandada y que no comparezca al proceso, corrobora la causal de abandono de los deberes conyugales (Art. 154, 2 C. C.).* Sentencia del 17 de enero de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Myriam de Castro contra Miguel Longva Reyes. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Caducidad: No opera cuando subsiste la circunstancia del incumplimiento injustificado de los deberes de esposa.* Sentencia del 21 de enero de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Humberto León Caballero Romero contra Alcira Guarín. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Causal segunda. Abandono de los deberes de esposa y madre. La patria potestad continúa en cabeza de ambos cónyuges.* Sentencia del 21 de enero de 1987. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el abreviado de Próspero Guerra Guerrero contra Rosa Evelia Murillo. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Indicio en contra. El hecho de tener que emplazar a la demandada y que no comparezca al proceso es circunstancia que en su contra obra como indicio. (Art. 249 C. P. C.).* Sentencia del 22 de enero de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Luis Eduardo Rodríguez contra Amparo del Socorro Mejía.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Causal segunda. Grave e injustificado incumplimiento de los deberes de esposa, manifestado por el abandono del hogar.* Sentencia del 24 de enero de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Jorge Niño contra Flor Mélida Acuña.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Causal segunda. Demostrado el hecho del abandono, con un solo testimonio calificado de "responsivo, completo y circunstanciado".* Sentencia del 24 de enero de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal

Superior de Cúcuta, en el abreviado de María Presentación Oriedo contra Julio Roberto Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

TECNICA DE CASACION. *Cuando el ataque no estado montado por la vía directa, el censor no puede discrepar de la apreciación de la situación fáctica litigiosa que haga hecho el Tribunal.* Sentencia del 24 de enero de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el proceso de Anselma Orjuela contra Daniel Rodríguez Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *La oportunidad para proponerlo procedeo no sólo cuando no se interpone dentro del término legal, sino cuando se presenta nuevamente después de haber sido inadmitida la demanda por ineptitud formal de la misma o por no prestar el recurrente la caución que se le señale.* Auto del 28 de enero de 1985. *Inadmite* el recurso interpuesto en el proceso de Rufina Villarraga de Casallas contra Ana Olivia Villarraga de Méndez, del Tribunal Superior de Ibagué. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Las simples discrepancias de los esposos a que se refiere la prueba testimonial no justifican el abandono de la demandada del hogar conyugal. Falta de cuidado en el manejo del expediente.* Sentencia del 29 de enero de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el abreviado de Enrique Julio Palomino Pomares contra María Vega Casaleth. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Matrimonio - Obligaciones. El matrimonio por su misma naturaleza, tanto el civil como el canónico comporta para los cónyuges obligaciones y deberes. (Arts. 113, 176 y 411 C. C. y Decreto 8820 de 1974 Arts. 9º y 11).* Sentencia del 30 de enero de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Magnolia de Jesús Gómez G. contra Miguel Angel Escobar Martínez. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACIÓN INDEFINIDA DE CUERPOS. *Obligaciones recíprocas de los cónyuges. La causal 2º del Art. 154 del C. C. involucra todos los comportamientos omisivos de los casados en relación con los deberes de cohabitación, socorro y ayuda.* Sentencia del 31 de enero de 1985. *Confirma* parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Elvia Guerrero contra Olinto Villamizar. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

ACCION REIVINDICATORIA. *Elementos de la acción. Su prueba en el proceso.* Sentencia del 1º de febrero de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el proceso de Agustín y Julio Poveda Torres contra Andrey, Otnaro Antonio y Bignaud Sánchez Posada.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Causal segunda, artículo 154, Código Civil. Cualquier comportamiento omisivo de una sola de las obligaciones recíprocas de los cónyuges, da lugar a la separación judicial.* Sentencia del 1º de febrero de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el abreviado de María Olir Díaz contra Oscar Guzmán. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Causal segunda, artículo 154, Código Civil. El esposo que se separa del hogar no sólo deja de cumplir con las exigencias económicas que como esposo y padre surgen del vínculo matrimonial y del parentesco, sino, también el apoyo moral que se logra con la vida doméstica.* Sentencia del 1º de febrero de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Emma Gómez de Afanador contra Héctor Afanador Gómez. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Causal segunda, artículo 154, Código Civil. El incumplimiento de los deberes de esposo y padre en forma grave e injustificada, se manifiesta con el abandono del hogar alegado por la demandante.* Sentencia del 1º de febrero de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Justina Palacios contra Bernardo Patiño González. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

HONORARIOS PERICIALES. *Pagaíos en la misma diligencia y por la sola asistencia a ella. No se quebranta la filosofía que respira la ley procesal en el punto cuando el pago directo se hace en la propia diligencia y por la sola asistencia de los expertos.* Auto del 4 de febrero de 1985. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

ERROR DE HECHO. *Interpretación de la demanda.* Sentencia del 4 de febrero de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el ordinario de Zaida Silva de Pugliese contra Ismael Silva Pereira. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Indebida justificación del abandono de los deberes de esposa y madre.* Sentencia del 5 de febrero de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el abreviado de Jorge Ignacio Díaz Daza contra Julia Valero Martínez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

INADMISION RECURSO DE REVISION. *El recurso debió enderezarse contra la sentencia proferida para decidir el recurso de casación y no contra la dictada por el Tribunal en segunda instancia.* Auto del 12 de febrero de 1985. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

TESTIMONIOS. *Señalamiento de nueva fecha para su recepción. Habiéndose pedido el aplazamiento de la audiencia para recibir testimonios oportunamente, aunque sin expresar el motivo, esta circunstancia debe tenerse en cuenta para señalar nueva fecha.* Auto del 12 de febrero de 1985. Revoca parcialmente el proferido por el Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SENTENCIA. Aclaración. *La ley no faculta para reconsiderar las sentencias, sino únicamente para aclararlas.* Auto del 13 de febrero de 1985. Rechaza solicitud en el proceso de Sociedad Aplicaciones Eléctricas y Mantenimiento Ltda. contra Corporación Popular S. A. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

REVISION. *Admisibilidad de la demanda. En tratándose de revisión de sentencia dictada en proceso de pertenencia, la demanda debe dirigirse contra las personas*

determinadas vinculadas al proceso y contra las personas indeterminadas, so pena de ser inadmitida. Auto del 14 de febrero de 1985. *Inadmite* recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por María Alba Sánchez de Pinzón. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

CARGA DE LA PRUEBA. *A quién incumbe la carga de la prueba. Efectos del incumplimiento de dicha carga procesal.* Sentencia del 13 de febrero de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso de María Esperanza Rey de Arias contra José Arias González. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *No puede proveerse sobre ejercicio exclusivo de la patria potestad por la madre frente al hijo que alcanzó la mayoría de edad antes de la demanda.* Sentencia del 15 de febrero de 1985. *Confirma* en parte la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de María Guillermina Vidal Mesa contra William Vanegas Espinosa. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

PATRIA POTESTAD. *Para no perjudicar al hijo menor que la madre llevó consigo cuando abandonó el hogar, no se priva a la demandada del ejercicio conjunto de la patria potestad, que se deja en cabeza de ambos padres.* Sentencia del 15 de febrero de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Teodoro Pelayo contra Elda Cáceres Sánchez. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

PATRIA POTESTAD. *Corresponde ejercerla exclusivamente a la madre cuando el padre demandado ha incurrido en abandono de sus deberes frente a su esposa y a sus hijos.* Sentencia del 15 de febrero de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Clara Inés Duque Arrubia contra Hernán Criollo Penagos. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

REVISION. *Inadmisión del recurso. Como la permanencia del expediente al despacho del Juez impidió al recurrente conocer el valor que debía consignar para la expedición de las copias, se revocó el auto que lo declaró desierto, pero lo inadmite por errores de técnica.* Auto del 16 de febrero de 1985. *Inadmite* el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Valledupar, en el proceso de Banco de Colombia contra Libardo Castro Monsalvo y otra. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS MENORES. *Le corresponde a la demandada vencida, atendiendo la causa probada, la edad y el sexo de los menores.* Sentencia del 18 de febrero de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de Domingo Jáuregui Cárdenas contra Doris Filippo. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

PROPIEDAD HORIZONTAL. *Uno es el derecho del copropietario sobre el bien del cual es titular con exclusión de los demás propietarios y otro el que tiene en común con éstos sobre los bienes necesarios para la existencia, seguridad y conservación del edificio. Quién representa la comunidad.* Sentencia del 19 de febrero de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Edificio

Tequenusa Segunda Etapa contra Inversiones y Construcciones Tequenusa Ltda. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

REVISION. Inadmisión de la demanda. *La inadmisión de la demanda por deficiencias de que es culpable el recurrente trae como consecuencia la preclusión del derecho a ejercitar nuevamente la acción de revisión.* Auto del 19 de febrero de 1985. *Inadmite* la demanda presentada contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, en el proceso de Efrain Ospina contra Eduardo Ortega y Cía. Ltda. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Reformatio in pejus. *No se incurre en ella cuando al revisar la sentencia en grado de consulta, se provee sobre la disolución de la sociedad conyugal y el cuidado de los hijos.* Sentencia del 19 de febrero de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Sincelejo, en el abreviado de Antonio Tercero de la Ossa contra Eulalia Margarita Vergara P. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

PATRIA POTESTAD. Suspensión. *El desentendimiento total del demandado de sus obligaciones de padre sin causa que lo justifique acarrea para él la suspensión de la patria potestad sobre el hijo menor.* Sentencia del 19 de febrero de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Graciela Pinto García contra Adán Humberto Gálvez Ruiz. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Causal segunda, artículo 154, Código Civil. Se incurre en esta causal cuando se abandona el hogar, que conlleva al total incumplimiento de los deberes frente a la esposa e hija.* Sentencia del 20 de febrero de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Mary Ligia Bussi contra Clemente Fajardo Santamaría. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Interpretación de la demanda. *Esta facultad que le asiste al juzgador de primera instancia se respeta por el ad quem. relación de los hechos que fundamentan las pretensiones.* Sentencia del 20 de febrero de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el abreviado de Josefina Rún Isaza contra Fabio Ramírez Cañas. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Demostrada la causal de abandono de los deberes de esposa y padre, se decreta también la separación de bienes.* Sentencia del 20 de febrero de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Amparo Fernández Fernández contra Edilberto Véliz Sandoval. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El Juez puede decretar de oficio la pérdida de la patria potestad pero no la proporción en que padre y madre deben contribuir a los gastos del hijo, si no hay en el proceso prueba para determinar el monto.* Sentencia del 21 de febrero de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Pedro Ernesto Bernal Rodríguez contra Rosa María Moreno Moreno. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

TECNICA DE CASACION. *El hecho de que se alegue errónea interpretación de la demanda no libera al recurrente de la carga de indicar las normas que se estimen violadas y el concepto de la violación. Autonomía de los cargos.* Auto del 26 de febrero de 1985. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

CADUCIDAD DE LA CAUSAL DE RELACIONES SEXUALES. *La caducidad de la causal, como medio excepcivo que es, corresponde demostrarla al que la alegue, en ningún caso al demandante.* Sentencia del 26 de febrero de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el abreviado de José Sánchez Monsalve contra Marta Guerrero Bolaño. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

INCONSONANCIA DEL FALLO. *La falta de alguno o algunos presupuestos procesales, no puede estructurar jamás el fenómeno incongruencia. Si el Juez no resuelve sobre el fondo litigioso, sino que se inhibe de conocer, la sentencia es formal y no de mérito, por ende no hay inconsonancia en el fallo.*

TECNICA DE CASACION. *Apreciación equivocada de la prueba. El quebranto de las normas procesales por sí solo, no es suficiente para apoyar un cargo en casación con base en la causal primera, pues ésta se ha referido siempre e inexorablemente al quebranto de leyes sustanciales.* Sentencia del 28 de febrero de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Miguel Antonio Herrera Alvarez contra Alfonso Botero Ramírez y Bernardo A. Zuleta Duque. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

PROMESA DE COMPRAVENTA. *Requisitos. Cómo debe entenderse el del plazo o condición que fije la época en que el contrato ha de celebrarse. La hora no es elemento determinante para entender el plazo. La promesa no es nula por el no señalamiento de la hora en que deba suscribirse la escritura de venta.* Sentencia del 1º de marzo de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Jesús A. Gómez Pineda contra Noé Suárez Calderón. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

CONTRATO DE TRANSPORTE. *Incumplimiento. La sociedad transportadora no demostró el cumplimiento de la prestación a su cargo, no obstante haber recibido el pago del flete. Interrupción de la prescripción de la acción cuando el emplazamiento no se hace oportunamente por negligencia de la Secretaría del Juzgado. Indemnización: el transportador debe pagar el lucro cesante que es el 85% del valor de la mercancía no entregada, además del valor de éste; no se consideran otros perjuicios.* Sentencia del 6 de marzo de 1985. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y Almacenes Generales de Depósito de Café S. A. contra Sociedad de Transportes Unidos Cruz y Cía. Ltda. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

PROCESO. *Interrupción por enfermedad del apoderado. Ocurrida esta causal de interrupción, es nula la actuación posterior. Oportunidad para alegar la nulidad. La enfermedad debe ser grave.* Auto del 6 de marzo de 1985. No declara la nulidad, en el proceso de Clemente Sebastián Escalona M. contra General Electric de Colombia S. A. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Prueba testimonial suficiente para demostrar la causal segunda del artículo 154, Código Civil.* Sentencia del 8 de marzo

de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Fabio de Jesús Uribe Montoya contra Elsy del Socorro Meneses Franco. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El abandono físico y moral es causa de pérdida de la patria potestad.* Sentencia del 8 de marzo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el abreviado de Nunila Cerquera Rivera contra Gabriel Mahecha Scarpeta. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

PATRIA POTESTAD. *Corresponde exclusivamente al demandante, cuando se ha demostrado injustificado abandono de los deberes de madre por parte de la demandada.* Sentencia del 11 de marzo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Gustavo Carreño contra Zoraida Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Fue demostrada la causal de abandono.* Sentencia del 11 de marzo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Cecilia Santos contra Alvaro Rasridas Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Demostrada la causal de separación, se confirma la sentencia materia de consulta.* Sentencia del 11 de marzo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Liliana Paz contra Víctor Alfredo Torres. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La separación permitida y contemplada por la Ley 19 de 1976, puede ser "temporal" o "indefinida", pero no definitiva, como dice la demanda.* Sentencia del 11 de marzo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Roberto Díaz Barragán contra Nohora Angela Herrera. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono. Quedó demostrado con los testimonios responsivos, exactos y completos, unidos a la circunstancia de que el demandado a pesar de haber sido emplazado legalmente, no compareció.* Sentencia del 11 de marzo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Lilia Arenas Arenas contra Elkin Lara Arias. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono. Quedó demostrado con los testimonios responsivos, exactos y completos, unidos a la circunstancia de que el demandado a pesar de haber sido emplazado legalmente, no compareció.* Sentencia del 11 de marzo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Olga Rosa Vanegas contra Walter Adolfo Ledesma. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Causal 8ª, artículo 154, Código Civil.* Sentencia del 11 de marzo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Nelson de Jesús Martelo Ch. contra Celina Rodríguez Rico. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 14 de marzo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Gloria Enith Arcila contra Benjamín Ramírez Parra. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Deficiente prueba de la causal invocada.* Sentencia del 14 de marzo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Rosalba Vinchery contra Miguel Prada Durán. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

DENEGACION DE PRUEBAS. *No constituye la causal de nulidad prevista para cuando se omiten los términos de prueba o de presentar alegatos de conclusión.*

NULIDAD ABSOLUTA Y NULIDAD RELATIVA. *Cuándo tiene lugar cada una. Los vicios del consentimiento producen nulidad relativa y no se equiparan a la ausencia de consentimiento que sólo emana de la incapacidad absoluta.*

RESCISION DE LA PARTICION. *La omisión de bienes que deben ser incluidos en el pasivo de la sociedad conyugal no es motivo para rescindir la partición, sino para hacer inventarios adicionales.* Sentencia del 14 de marzo de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Eduardo Meneses Vela contra Josefina Benavides de Meneses y Gloria Meneses de Muriel. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

PATRIA POTESTAD. *El abandono injustificado de los deberes de padre, la hace perder.* Sentencia del 14 de marzo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Fidelina Ramírez contra Julio Ramírez Suaza. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 14 de marzo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Esperanza del Socorro Zapata C. contra Gustavo de Jesús Ocampo. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono. Causal segunda.* Sentencia del 14 de marzo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Luis Gerardo Gamboa contra Isabel Ordóñez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Dentro del proceso se demostraron las causales segunda y tercera y no cuarta y quinta.* Sentencia del 14 de marzo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Ernesto Enrique España Pérez contra Beatriz Arenas Portillo. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

PATERNIDAD. *Investigación. Prueba de la causal de relaciones sexuales. La severidad extrema en la apreciación de las pruebas en esta clase de procesos haría prácticamente irrealizable la comprobación judicial de la paternidad.* Sentencia del 19 de marzo de 1985. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Ana Isabel Espinel Gómez contra herederos de José Olimpo Urzúa Pedrosa. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

BIENES SOCIALES. *Restitución de frutos. La acción de simulación de la compraventa de bienes sociales difiere, en su esencia, de la relativa a la liquidación de la sociedad conyugal, y por consiguiente, las normas que regulan la composición del haber social son inaplicables cuando se declara la simulación.* Sentencia del 26 de marzo de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el ordinario de Elviatia Montoya de González contra Jorge Alfredo González Echeniquе y otros. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

COMPRAVENTA. *Simulación. Prueba de la simulación. Razón de ser de la libertad probatoria. Autonomía relativa del Juez en la labor de ponderación de la prueba indiciaria. Su deber de examinar todos los detalles que rodean el hecho presuntamente simulado.* Sentencia del 26 de marzo de 1985. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario de Ruth Magdalena Morán Muñoz contra José Rafael Moncayo Guerrero.

Salvamento de voto de los Magistrados, doctores *Horacio Montoya Gil y Humberto Murcia Ballén.*

TECNICA DE CASACION. *La demandante señala como única norma violada el artículo 92 del Código Civil, por aplicación indebida. Como ésta no es de carácter sustancial, y además se deja por fuera del ataque la norma sobre la cual se monta la presunción de paternidad extramatrimonial, el recurso no prospera.* Sentencia del 26 de marzo de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso de Carmen Zúñiga contra sucesores de Virgilio Moncayo y otros. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

REVISION. *Requisitos de la demanda. Quiénes están legitimados por la parte pasiva.* Auto del 26 de marzo de 1985. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso de Miguel Arango contra Helmer Arias. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 26 de marzo de 1985. Confirma la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Heriberto Bonilla B. contra Elizabeth Sáenz Taborda. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 26 de marzo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Israel Zamora contra Dianora Arango. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono. Demostrado.* Sentencia del 27 de marzo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Amanda Caicedo contra Libardo Asdrúbal Hincestroza M.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Prueba. Se desestiman las pretensiones por falta absoluta de pruebas.* Sentencia del 28 de marzo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Lucía Rosarinas Badenas contra Edgar Mariano Castañeda B. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

RESOLUCIONES CONTRADICTORIAS. *El examen de la parte motiva puede hacer desaparecer el carácter excluyente y contradictorio de que aparentemente adolezcan las decisiones del fallo.*

COMPRAVENTA. *Resolución. No demostrado el incumplimiento de la demandada resulta más favorable al demandante y recurrente en casación la declaración inhibitoria del Tribunal, que la denegación de sus pretensiones, a la que forzosamente llegaría la Corte al casar el fallo.* Sentencia del 26 de marzo de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de INCICO LTDA. contra Nelly Beatriz Montealegre Lynnett. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 28 de marzo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el abreviado de Miguel de los Angeles Pinedo contra Ana Vilma Garavito. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

PATRIA POTESTAD. *Se suspende respecto del cónyuge que injustificadamente abandona el hogar.* Sentencia del 28 de marzo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Bruno Santos Hernández Graciano contra Dilia Flor Ramírez Cuenca. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

PATRIA POTESTAD. *Se suspende respecto del cónyuge que injustificadamente abandonó sus deberes de padre.* Sentencia del 28 de marzo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de María Eugenia Ceballos Uribe contra Gabriel Ricardo Suárez Villada. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

CONDICION RESOLUTORIA TACITA. *Excepción de contrato no cumplido. Resolución por incumplimiento de ambos contratantes.* Sentencia del 8 de abril de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el ordinario de Guillermo Ulloa Fajardo contra Sociedad Semillas del Llano Limitada. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 8 de abril de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el abreviado de Mariela Arredondo Rondón contra Jorge Alejandro Rodríguez L. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

CARGAS PROCESALES PECUNIARIAS. Auto del 8 de abril de 1985. Declara inadmisible el recurso interpuesto contra la sentencia dictada en el proceso de José A. Cenayo contra herederos de Joaquín María Pizo.

PERJUICIOS POR OBRA DE INTERES PUBLICO. *Ilegitimidad de personería de la parte demandada. Errores de hecho en la apreciación de las pruebas.* Sentencia del 10 de abril de 1985. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Florentino Téllez Ariza y Florentino Vásquez Borda contra Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Pruebas. Correspondía al demandado demostrar que era justificada la suspensión de su deber de cohabitación. Al no hacerlo, la sentencia le fue adversa.* Sentencia del 11 de abril de 1985. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior de Montería, en el abreviado de Judith Gómez contra Benjamín Buelvas V. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 12 de abril de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Gabriel Montealegre Calle contra Gladys Reinoso. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

RECURSO DE QUEJA. *Etapas que se distinguen en su proposición y trámite. Preparación e introducción del recurso.* Auto del 12 de abril de 1985. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Deficiencia en la prueba.* Sentencia del 12 de abril de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Rolando Isaías Martínez Fonseca contra Hermencia Urbina. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

ACCION REIVINDICATORIA. *Elementos que la estructuran. Cómo debe entenderse el que se refiere a la identidad entre la cosa pretendida por el demandante y la poseída por el demandado.* Sentencia del 13 de abril de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Isabel Ramírez viuda de Restrepo contra Rodrigo de Jesús Gómez Vásquez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

TECNICA DE CASACION. *Errores de hecho y de derecho.*

PRUEBA DOCUMENTAL ANTICIPADA. *Oportunidades señaladas por la ley para aportarlas al proceso. Sólo podrá ser apreciada cuando llegue al proceso legalmente producida y con las ritualidades pertinentes.* Sentencia del 15 de abril de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Laboratorios Undra S. A. contra Compañía Ejecutora de Trabajos Públicos, CETRAP; Seguros Alfa S. A.; Humberto y Luis A. Flórez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 17 de abril de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el abreviado de Glenda Elisa Pinedo Op Den Bosch contra Jesús María Villar Meza. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 19 de abril de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Alba Lucía Mosquera Astudillo contra Wildmar Parjño Rizo. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 19 de abril de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Blanca Azucena Giraldo Montes contra Javier Emilio García. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 19 de abril de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Solón Portilla contra Alix Ma. Gómez. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 19 de abril de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Carlos Alberto Barrera D. contra Amparito Barragán Saleedo. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *No prosperan ni la demanda principal ni la de reconvención por falta absoluta de pruebas. Se levantan las medidas preventivas.* Sentencia del 19 de abril de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Gloria María Adamo contra Alberto Plazas Biachoque. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Testimonio. El de oídas acompañado de las cartas denuncias presentadas por la demandante contra su esposo no constituyen prueba que amerite la separación. El mutuo acuerdo de los cónyuges para separarse, no puede deducirse de su inasistencia a las audiencias de conciliación.* Sentencia del 19 de abril de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Yolanda Rozo Avellaneda contra Luis Carlos Rodríguez Velandia. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

PATERNIDAD NATURAL. *Posesión notoria del estado de hijo.*

TECNICA DE CASACION. Sentencia del 19 de abril de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario de Clair Ferla de Polanco contra Evangelina Magia viuda de Herrán (heredera universal testamentaria de Floro o Florentino Herrán). Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

DEMANDA EN FORMA. *No la hay cuando el demandante omite los hechos concretos que constituyen la causal de separación invocada. La sentencia inhibitoria que se pronuncie en este caso no es consultable.* Auto del 23 de abril de 1985. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

REVISION. *Notificación indebida. Demanda. Debe dirigirse contra las personas que fueron parte en el proceso que se revisa y no contra aquellas que hubieren adquirido derechos sobre la cosa, con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia.* Sentencia del 23 de abril de 1985. *Se inhibe* de decidir de fondo el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, en el ordinario de Humberto y Aída Rosanía Lanuzzelli contra Dolores Lobo de Osorio y personas indeterminadas. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

CASACION. Procedencia. Sólo procede este recurso extraordinario contra las sentencias. El auto que declare probada la excepción previa de prescripción, no es recurrible en casación. Sentencia del 23 de abril de 1985. *Se inhibe* de decidir de fondo el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior

de Neiva, en el ordinario de Félix María Conde Gutiérrez contra Municipio de Garzón. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

REVISION. *Requisitos de la demanda.* Auto del 23 de abril de 1985. *No admite* el recurso interpuesto por Ruth Murleni Salazar Valencia contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

CASACION. *Presentación de la demanda.* Auto del 23 de abril de 1985. Declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en el proceso de Carlos Elicio Orellana González contra Leonel de J. Peláez.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 23 de abril de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Fernelly Becerra contra Luz Stella Jordán Hurtado. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

CASACION. *No procedencia. La decisión tomada por el juzgador en punto al reconocimiento de herederos no es susceptible del recurso de casación, aunque haya sido tomado en la sentencia que aprueba la adjudicación de los bienes relictos.* Auto del 24 de abril de 1985. Estima bien denegado el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso de Sucesión del señor Narváez. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

CASACION. *Inadmisibilidad demanda. El incumplimiento de la carga procesal de pagar los honorarios de los peritos en la forma indicada por la ley hace inadmisible la demanda de este recurso.* Auto del 25 de abril de 1985. Declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta, en el ordinario de Carmen Martínez de Hernández contra Somalia Morales viuda de Martínez. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

HIJO MENOR. *"La custodia de los hijos", "La Patria Potestad" y "La Guarda de Menores" son tres instituciones diferentes, aunque complementarias. Según la causal de separación demostrada, el juez aplicará al respecto la norma legal que corresponda, ya que carece de facultad discrecional (literal a., numeral 5º del artículo 423 C. de P. C. Título XIV del Libro Primero del C. C. Título XXII, Libro Primero del C. C.).* Sentencia del 25 de abril de 1985. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el abreviado de Isabel Cristina Angel Hoyos contra Hugo Hernández Patiño. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

ACCION REIVINDICATORIA. *Elementos.* Sentencia del 25 de abril de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el ordinario de Carlos Fourrodona Estava contra Rafael Vanegas Vanegas y Miguel A. Bustos Ruiz. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

PATERNIDAD NATURAL. *Falta de prueba.* Sentencia del 26 de abril de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de

Alberto Muñoz contra herederos de Rubén de Jesús Montoya Santamaría. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 30 de abril de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María del Carmen Gutiérrez A. contra Rafael Acosta Ospina. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

NULIDAD PROCESAL. *Por indebida notificación o emplazamiento. La oportunidad para invocar el vicio precluye con la respectiva sentencia y con la participación activa en las instancias, de la persona que hubiera podido alegarlo.*

PRUEBA DOCUMENTAL. *Oportunidad para solicitar, practicar o incorporar la prueba documental al proceso a fin de que pueda ser apreciada por el juez.* Sentencia del 27 de abril de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el proceso de Cooperativa de Servicios Múltiples de la Provincia de Vélez Limitada contra Emelina Ariza Palomino y Parroquia de Vélez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

CARGAS PROCESALES PECUNIARIAS. Auto del 27 de abril de 1985. Declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de María Inocentes Urrego contra Justo Correal y otro. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

MATRIMONIO. *Obligaciones y deberes que se adquieren al celebrarlo.* Sentencia del 2 de mayo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Antonio María Arias Rodríguez contra Celinda Ruiz López. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

PATRIA POTESTAD. *El abandono es causa de separación de cuerpos y en relación con los hijos es causa que autoriza la pérdida de la patria potestad (Num. 2º, Art. 315 del C. C.), punto sobre el que debe resolver el juez de oficio o el superior al revisar la sentencia en grado de consulta.* Sentencia del 2 de mayo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Elsa Parra contra Alejandro Alvarez Ortega. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

CASACION. *Demanda. Requisitos que debe reunir, so pena de que sea inadmisible total o parcialmente.* Auto del 2 de mayo de 1985. Declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en el proceso de Nazareth Valencia contra Panadería y Galletería La Marqueza. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

APELACION. *Interposición. Debe interponerse en la misma audiencia o diligencia en que se profiere la providencia atacada.* Auto del 2 de mayo de 1985. Declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, en el proceso de Isaías Naranjo Herrera y Luz Marina Cardona de Naranjo. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

VIOLACION INDIRECTA. *Técnica.* Auto del 2 de mayo de 1985. Declara desierto el recurso interpuesto por Juana de Dios Melo Corvacho. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Obligaciones entre cónyuges. Demostrado el incumplimiento de uno solo de ellos debe decretarse la separación.* Sentencia del 2 de mayo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Luis Alfonso Correa Restrepo contra Marlene Moreno Hernández. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

MATRIMONIO. *Obligaciones y deberes que adquieren los esposos con su celebración. El incumplimiento de uno de ellos da lugar a la separación de cuerpos.* Sentencia del 3 de mayo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Ana Ruth Guerrero García contra Hugo Arbeláez Cano. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

SOCIEDAD DE HECHO. *Disolución y liquidación. Casación. La sentencia con que finaliza la primera de las etapas del proceso, o sea la que se encamina a verificar la existencia de una sociedad, a declararla disuelta y a ordenar su liquidación, carece del recurso de casación.* Auto del 3 de mayo de 1985. Declara bien denegado el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Mercedes López Silva contra Antonio J. Sánchez F. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

DEMANDA. *Interpretación. Debe evitarse un criterio rígido de interpretación que sacrifique el derecho sustancial.* Sentencia del 6 de mayo de 1985. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso de María Eugenia Santos contra Henry Sanabria Castellanos. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Embriaguez habitual de uno de los cónyuges, no requiere de prueba científica o pericial.* Sentencia del 6 de mayo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Esther Lucía Gómez Aristizábal contra José Neftalí Serna Gómez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

TESTIMONIO. *Ratificación.* Sentencia del 7 de mayo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Dora Aldé Hernández contra Edmundo López Figueredo. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

MEDIDAS CAUTELARES. *Levantamiento. El incidente para levantar medidas cautelares no puede intentarse nuevamente, con fundamento en los mismos hechos, cuando en la primera oportunidad el interesado no prestó la caución señalada, en el término previsto.* Auto del 8 de mayo de 1985. *Confirma* el proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Emelina Bulla de Camacho contra Pablo Camacho. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

ALIMENTOS. *Cuota. A falta de los elementos indispensables para determinar el monto de los ingresos mensuales del demandado, la cuantía de la obligación alimentaria debe fijarse mediante el procedimiento indicado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.* Sentencia del 8 de mayo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Eliga Bravo

contra Bernardo A. Sierra García. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La conducta agresiva del demandado tornó imposible en su hogar la paz y el sosiego domésticos.* Sentencia del 10 de mayo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el abreviado de Ivonne Ortega Carrillo contra Luis Enrique Clavijo. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

ERROR DE HECHO. *Para que sirva de causal en casación se requiere que el yerro fáctico aparezca prima facie, al rompe, al primer golpe de vista, sin que sea menester, para descubrirlo hacer mayores esfuerzos o razonamientos.* Sentencia de 10 de mayo de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario de Eliécer Méndez Rojas contra Paulina Cancón viuda de Díaz. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

PATERNIDAD NATURAL. *El artículo 6º de la Ley 45 de 1936 no consagra ningún derecho subjetivo, sino que señala los elementos constitutivos de la posesión notoria del estado de hijo natural y por consiguiente su quebrantamiento no da base para un cargo en casación por violación directa o indirecta de la ley sustancial.* Sentencia del 13 de mayo de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de José Peregrino Gaona y Julia Gaona de Cruz contra herederos de Gabriel Forero Pardo. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Una misma norma no puede ser quebrantada simultáneamente por dos de los distintos conceptos de violación.*

VIOLACION INDIRECTA. *Al desarrollar el cargo formulado por la vía indirecta es indispensable señalar las pruebas que habrían sido preterintidas o mal apreciadas por el Tribunal.* Sentencia del 13 de mayo de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso de Luis Ernesto Acosta Obando contra Sociedad Trabajos Especiales Agrícolas Limitada (TEA) y otro. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 13 de marzo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Vilma Yolanda Dolmen Carlesso contra Carlos Enrique Larrea Adams. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 14 de mayo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Ana Lucía Rico Ospina contra Luis Eduardo León Olarte. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 14 de mayo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Margarita de Jesús Hernández contra José del Carmen Cano Arévalo. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 14 de mayo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Luz Londoño contra Oswaldo Héctor Pérez Aguimendi. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

ALIMENTOS. *Cuotas. Para la determinación de la cuota alimentaria a que tienen derecho los hijos y la cónyuge inocentes se requiere conocer la capacidad económica y el monto de los ingresos mensuales de quien debe soportar la carga.* Sentencia del 14 de mayo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Madeleine Mónica Lemus Rivera contra Jairo Iván Meneses Vargas.

INCONGRUENCIA DEL FALLO. *Casos en los cuales el juez no está obligado a observar el principio de la congruencia.* Sentencia del 15 de mayo de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Edificadora América Latina S. A. contra José Germán Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

SUPLICA. *No procede cuando se interpone como subsidiario del de reposición.* Auto del 15 de mayo de 1985. *Rechaza* el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga, en el proceso del Banco de Colombia contra Orfa Giraldo de Giraldo y otro. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 16 de mayo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el abreviado de María Inés Sucacán contra José A. Sánchez. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 16 de mayo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de José Simeón Linares Jiménez contra Carmen Cruz Parra. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

BUENA FE EN MATERIA POSESORIA. *Constituye una presunción legal que permite demostrar la conducta contraria.*

REFORMATIO IN PEJUS. *Casos en que el superior puede modificar la parte de la decisión que no fue objeto del recurso de alzada, sin violar este principio.* VIOLACION INDIRECTA. *Error de hecho y error de derecho. El segundo excluye el primero.* Sentencia del 17 de mayo de 1985. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Abraham Chehebar Shaio contra Betsabé Espinel de Rosas. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 17 de mayo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Brenda Cruzada Umbarila contra Héctor Perilla. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

PRUEBA. *Carga. Corresponde al demandante demostrar los hechos constitutivos de la causal de separación alegada.* Sentencia del 21 de mayo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de José Aleides Suárez

Centeras contra Aura María Medina. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 21 de mayo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Lilia Rodríguez contra Alfonso Bellos Montilla. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 21 de mayo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Teresa Ramírez contra Antolín Díaz Martínez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

PATRIA POTESTAD. *El abandono es causa de separación de cuerpos y en relación con los hijos menores es causa que autoriza la pérdida de la patria potestad (num. 2º art. 315 C. C.), punto sobre el que debe resolver el Juez de oficio o el superior al revisar las sentencias en grado de consulta.* Sentencia del 22 de mayo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Carmen Majica contra Alvaro Poveda Méndez. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

MATRIMONIO. *Obligaciones y deberes que se adquieren al celebrarlo.* Sentencia del 22 de mayo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Yolanda Cárdenas Garcés contra Oscar Arango Mesa. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Como la infidelidad confesada por el demandado en el interrogatorio de parte absuelto en el proceso, no fue alegada como hecho sustentatorio de la demanda, no puede tenerse en cuenta en la sentencia.* Sentencia del 22 de mayo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Quibdó, en el abreviado de Benilda Alvarez Ríos contra Jorge Milton Moreno Maturana. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 22 de mayo de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el abreviado de Luis Enrique Rodríguez Castro contra Josefina Ramírez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono. Cuando es menester emplazar al demandado y no se presenta al proceso, esta conducta procesal constituye indicio en su contra.* Sentencia del 7 de junio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el abreviado de Manuel Armando Gómez contra Clara Angela González. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Pruebas. Corresponde a la parte demandante demostrar en forma fehaciente los hechos constitutivos de la causal invocada, no pese que la parte demandada resulte ausente.* Sentencia del 7 de junio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Luis Carlos Rendón Rendón contra Teresa Pineda García. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 7 de junio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de María Fabiola Agudelo Ramírez contra Gilberto Antonio Restrepo. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

MATRIMONIO. *Obligaciones y deberes que se adquieren con el vínculo matrimonial.* Sentencia del 7 de junio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el abreviado de Maribel Londoño Santamaría contra Luis Alfonso Noreña Betancourt. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 6 de junio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Alba Lucía Fernández Rendón contra José Héctor Patiño. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El deber de socorro para con el cónyuge y la prole no se traduce exclusivamente en dinero o alimentación, sino en apoyo moral y afectivo necesario para el normal desenvolvimiento de la vida familiar.* Sentencia del 13 de junio de 1985. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el abreviado de Ana Beatriz Bernal contra Roberto Muñoz Sánchez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Ministerio Público. Discrepancia de conceptos frente a la misma decisión. Por ser una sola la institución, la conformidad del Procurador Delegado en lo Civil con la sentencia apelada por el Fiscal del Tribunal, podría valer tanto como una manifestación de desistimiento del recurso.*

PRUEBA DE CONFESION. *Es procedente. La sola confesión del demandado es eficaz para establecer las causales de separación de cuerpos, que no las de divorcio.* Sentencia del 13 de junio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Isabel Flor de María Ramírez contra Carlos Julio Argot Vargas. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 13 de junio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Ester Ramírez contra Custodio Fonseca Quintero. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

HONORARIOS DEL PERITO. *El no pago de los honorarios al perito en la forma prescrita por la ley, hace inadmisible la demanda de casación.* Auto del 13 de junio de 1985. Declara inadmisible el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, en el proceso de Gonzalo Panelalo Barbano y otra contra Carmen Caldarón y otros. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 24 de junio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el abreviado de Raquel Vargas Llanos contra Alvaro Arturo Santana Barco. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 25 de junio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el abreviado de Berta Patarroyo contra Mario Duarte. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Relaciones sexuales. Prueba. Por el carácter íntimo que revisten no se exige para su demostración la prueba directa. La ley permite que a su existencia se llegue a través de la prueba indiciaria para que mediante la vía de inferencia el juzgador tenga la convicción de que ellas ciertamente ocurrieron. La potestad de hacer esa deducción, la tiene el Juez, no el testigo.* Sentencia del 27 de junio de 1985. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el abreviado de Julio Hernán Gómez Pizarro contra Guillermina Arocemena Daraviña. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *El cumplimiento de los deberes recíprocos de los cónyuges fortalecen la armonía del hogar y evita la desintegración de la familia.* Sentencia del 28 de junio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de Héctor Cano Arias contra Francisca Amparo Franco. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 28 de junio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de José Rubén Delgado Echeverry contra María Berta Romero. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 28 de junio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Inés Quijano contra José Fernández. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 28 de junio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Adiela Gómez contra Francisco Javier Toro. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

PATRIA POTESTAD. *Demostrado el abandono de los deberes de padre, el demandado pierde el ejercicio de la patria potestad que queda exclusivamente en cabeza de la madre.* Sentencia de 3 de julio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el abreviado de María Consuelo Vásquez Chavez contra Félix Alberto Narváez Ruiz. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 3 de julio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Marina Cardona Osorio contra Mario Mosquera Gutiérrez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 3 de julio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Domingo Soto Adelas contra Helena Ortiz Sánchez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 4 de julio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de José Omar Ariz Camacho contra Cristina Elena Ahumada. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Presupuestos procesales. Son cuatro. La solución cuando está ausente uno de ellos.*

DEMANDA. Numeral 6º, artículo 75. Código de Procedimiento Civil. *Para el cumplimiento de esta norma no basta citar la causal invocada, sino que es indispensable, sin que ello se exceda, que precise, que indique, que determine cuáles fueron los episodios constitutivos de las faltas de la parte demandada, determinándolas debidamente, so pena de concluir el proceso con sentencia inhibitoria y condena en costas a la parte demandante.* Sentencia del 9 de julio de 1985. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá *y* se inhibe de fallar de mérito en el abreviado de Aida Ortiz contra Cesáreo Gutiérrez Gutiérrez.

MATRIMONIO. *Obligaciones y deberes.* Sentencia del 11 de julio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Alcira Benavides contra Alfonso Ramírez Pulido. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

MATRIMONIO. *Obligaciones y deberes.* Sentencia del 11 de julio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Bertha Leonor Guzmán contra Charles Harriman Estupiñán Q. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Titularidad para demandarla. *La culpa de los cónyuges no puede compensarse, artículo 156, Código Civil. Cuando los cónyuges recíprocamente incurren en faltas, cada uno está legitimado para demandar la separación, fundada en la culpa del otro, quien puede contradenunciar.* Sentencia del 15 de julio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Victoria Cómez contra Antonio o Arístido Antonio Suárez Estebar. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Prueba. *Corresponde a la parte demandante demostrar en forma fehaciente los hechos constitutivos de la causal invocada, so pena que la parte demandada resulte absuelta.* Sentencia del 16 de julio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Eccehomo Reyes Gómez contra Luz Myriam Suárez. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rosha.*

MATRIMONIO. *Obligaciones y deberes que se adquieren con su celebración.* Sentencia del 19 de julio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Luz Marina María Lasiza contra Francisco Javier Colorado M. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 24 de julio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Beatriz Castaño contra Marco Aurelio López González. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 24 de julio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Santos Cuevas contra José Guillermo Linarazo. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Prueba. *Corresponde a la parte demandante demostrar la causal dada.* Sentencia del 24 de julio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Beatriz Erminia Puyana contra Heli Serrano Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

INTERPRETACION ERRONEA. Técnica. *El quebranto de la ley sustancial por interpretación errónea sólo puede darse por la vía directa y nunca por la indirecta, ya que presupone conformidad entre el impugnante y el fallador respecto de la apreciación de la cuestión de hecho.* Sentencia del 24 de julio de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso de Inspectoría Colombiana del Instituto de Hijas de María Auxiliadora contra Roberto Elías Cano Zuleta.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 24 de julio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Ana Cecilia Chaparro Cupajita contra John Bruce Levas. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 24 de julio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Amanda Castro contra Jesús Armando Aldana Gómez. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 26 de julio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el abreviado de Julia Ramírez Casimiro contra Pedro Benjamín Gómez Melo. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 26 de julio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Clara Lucía Quimbay contra Tito Paule Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

CASACION. *Deserción del recurso.* Auto del 26 de julio de 1985. Declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Gildardo de Jesús Cardona Q. contra José Obed Cardona. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

CARGA PROCESAL PECUNIARIA. Copias. *La sentencia que declara que el demandante tiene el status de hijo natural de determinada persona y por consiguiente con derecho a heredarlo, es un fallo ejecutable y, por tanto, le corresponde al apositor recurrente darle cabal cumplimiento a la exigencia del artículo 372 del Código de Procedimiento Civil.* Auto del 30 de julio de 1985. Mantiene el proferido por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el proceso de Adriana Morio y Andrés Jurado contra herederos de Libardo García Cano. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 30 de julio de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Consuelo Arias contra Alcides Ramos Abella. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

VIOLACION DIRECTA. *Técnica.*

APRECIACION ERRONEA. Ocurrencia.

ERROR DE DERECHO. *Técnica.* Sentencia de 31 de julio de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario de Beneficencia de Boyacá contra Comunidad Franciscana de Colombia. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Prueba.* Sentencia del 1º de agosto de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Marcelino Briñez Conde contra Marleny Restrepo. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS POR MUTUO CONSENTIMIENTO. Nulidad. *Aunque el representante del Ministerio Público hubiese descorrido el traslado de la demanda y manifestado estar de acuerdo con la pretensión de separación, le asiste interés para alegar la Nulidad cuando no se le notifica la fecha de celebración de la Audiencia de Conciliación y falla de la separación de cuerpos por mutuo acuerdo.* Auto del 1º de agosto de 1985. Decreta nulidad de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso de Franklin de Jesús Arango Molina y Nora Inés Urrea Suárez. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. *Indemnización. local comercial.*

INTERPRETACION ERRONEA. Sentencia del 1º de agosto de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el proceso de Ismael Salim y Myriam Urchim de Salim contra Carmela Enríquez de Narváez. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

SENTENCIA. Consonancia. *El artículo 305 del Código de Procedimiento Civil es la norma legal para que el juzgador, al fallar la instancia, produzca una decisión congruente con los extremos planteados en la litis.*

INCONGRUENCIA. Ocurrencia. *Tiene lugar en cualquiera de las tres hipótesis siguientes: a) Ultra petita; b) Extra petita, y c) Mínima petita.*

VIOLACION INDIRECTA. Preceptiva Técnica.

ERROR DE HECHO. Testigos sospechosos. Mérito probatorio.

PRUEBA. Apreciación en la instancia.

Sentencia del 2 de agosto de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Herminda Bayona Patiño contra María del Carmen Guevara viuda de Camargo. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. En la responsabilidad civil del artículo 40, Código de Procedimiento Civil.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Técnica.

Sentencia del 2 de agosto de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pamplona, en el proceso de Alba Haydee de López contra Martín Hernández Muñoz. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 2 de agosto de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de José Ignacio Ramírez contra Ana Marina Granados. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Relaciones sexuales extramatrimoniales de la esposa demandada, sin embargo se dejan a su cuidado los hijos menores.* Sentencia del 2 de agosto de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Simón Rodríguez Castolio contra Dora Edith Montero Ortiz. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *A la demandada que abandonó el hogar conyugal, pero no a su menor hija, a quien llevó consigo, le corresponde el cuidado personal de ésta; la patria potestad deberá ejercerla conjuntamente con el padre demandante.* Sentencia del 2 de agosto de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Sinaelajo, en el abreviado de Augusto Medardo González Morzado contra Celo Amaoro Alvarez Murtalo. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 2 de agosto de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Marta Eugenia Díaz contra Adolfo León Gómez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. *Obligaciones y negocios jurídicos mercantiles. Siendo el artículo 822 del Código de Comercio el soporte legal para hallar la complementación necesaria entre los ordenamientos comercial y civil, ya que de modo expreso y con respecto al campo negocial hace aplicables las reglas del último de los ordenamientos citados a casos de naturaleza mercantil, resulta indispensable, a fin de que se estructure a cabalidad la proposición jurídica que se haga el señalamiento de tal disposición que es el que permite el influjo recíproco de los dos ordenamientos normativos, que de manera general contemplan los artículos 1º y 2º del Código de Comercio.* Sentencia del 5 de agosto de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Sociedad Arturo Gómez Castaño y Cía. Ltda. contra Instituto de Mercadeo Agropecuario, IDEMA.

CASACION. *Demanda, inadmisibilidad.* Auto del 5 de agosto de 1985. Declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia dictada en el proceso de Fanny Correa contra Sucesión de Cristóbal Granco Aguilar. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. *En la falta de aplicación.*

FALTA DE APLICACION. *No se da cuando por una u otra razón no corresponde hacer actuar determinada norma en el caso controvertido.* Sentencia del 6 de agosto

de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Israel Vargas Páez contra Manuel Vargas Páez. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 8 de agosto de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Gloria Marina Romero contra Jorge Eliécer Villeta. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 10 de agosto de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Vilma Ester Cadro contra Alvaro José Marchena Ramírez. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

CASACION. *Demanda, inadmisión parcial.* Auto del 12 de agosto de 1985. Inadmite el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, en el proceso de Antonio y Javier Narváez contra Julio Vicente Gómez y otros. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Prueba.* Sentencia del 13 de agosto de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Gloria María Naranjo Yepes contra Luis Javier Tobón Botero.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Justificación. *Demostrado el incumplimiento de uno de los cónyuges, corresponde demostrar a la parte demandada los hechos que justifiquen el incumplimiento de dichos deberes.* Sentencia del 13 de agosto de 1985. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Blanca Lágia Vélez contra Juan Bautista Sierra. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

ERROR DE HECHO. ERROR DE DERECHO. Técnica.

PRUEBA. Apreciación racional.

ERROR DE DERECHO. Sentencia del 14 de agosto de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario de Juan Cabrera Gasca contra Elcia Villamil de Figueroa y Gregoria Cruz Astudillo. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

REVISION. Demanda. Inadmisión. *La demanda no reúne los requisitos exigidos por los artículos 381 y 382. La demanda inadmitida no es susceptible de corrección.* Auto del 16 de agosto de 1985. Declara inadmisible el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario de Alicia Sáenz Sánchez contra Dolores Rodríguez Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Fidelidad. *El decreto de separación no libera a los cónyuges del cumplimiento de ciertos deberes como el de fidelidad que perdura mientras subsista el matrimonio.* Sentencia del 20 de agosto de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Emma

Correa de Calderón contra Fernando Gallón Vásquez. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

MATRIMONIO. *Obligaciones y deberes.* Sentencia del 20 de agosto de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Angela Maritza Chaparro Lozano contra Héctor Moreno Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

MATRIMONIO. *Obligaciones y deberes.* Sentencia del 20 de agosto de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Hilda María Enríquez contra Jaime Enrique Céspedes Céspedes. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

MATRIMONIO. *Obligaciones y deberes.* Sentencia del 20 de agosto de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Nelly Chavarro contra Plutarco Elías Sarmiento Parra. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del del 20 de agosto de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Luz Marina Echeverri contra Fabio Iván Gutiérrez Cano. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

ERROR DE HECHO. Preterición. *No se presume el desconocimiento de una prueba por el sentenciador, cuando sus conclusiones no pugnan con la estimación que a la misma ha debido darse.* Sentencia del 20 de agosto de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Nohora Rojas de Leiva contra Alfonso Rojas Potes. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Legitimación activa. *Como la demandante no aparece ausente respecto de la causal segunda de separación de cuerpos, sus pretensiones no prosperan.* Sentencia del 20 de agosto de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Quibdó, en el abreviado de Francisca Lilia Valderrama contra Gustavo Adolfo Zuluaga Vásquez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 20 de agosto de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Elena Lucía Vélez contra José Ignacio Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

CARGA PROCESAL PECUNIARIA. *Costas.* Auto del 20 de agosto de 1985. *Inadmite* el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso de Talleres Santa Elena Ltda. contra Sociedad Vías y Construcciones Limitada, "Vicon Ltda."

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 20 de agosto de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de María del Carmen Ruiz contra Diego Abadía Caicedo. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Incumplimiento del demandado de sus deberes de marido y de padre.* Sentencia del 20 de agosto de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Sincelejo, en el abreviado de Raquel Vergara Fernández contra Fulgencio Vélez Vélez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

CASACION. *Desistimiento.* Auto del 20 de agosto de 1985. *Acepta desistimiento* en el proceso de Bernardo Ochoa Palacio contra Ninfa Gallego. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono, que lo corrobora el hecho de haber tenido que emplazar al demandado. Patria potestad, la pierde el demandado, por el hecho del abandono.* Sentencia del 21 de agosto de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el abreviado de María Lucila Belalcázar Morán contra Campo Elías Belalcázar Pérez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

ERROR DE HECHO EN: a) Documentos; b) Declaraciones.

VIOLACION INDIRECTA - Preceptiva técnica.

ERROR DE DERECHO - Trascendente.

DOCUMENTOS. *Autenticidad frente a herederos. Interpretación de los artículos 280, 281, Num. 8º y 278 del Código de Procedimiento Civil.* Sentencia del 21 de agosto de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Alba María Gutiérrez contra Tulio Enrique Millán Mendieta. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

JUSTIPRECIO DEL INTERES PARA RECURRIR. *Necesidad.* Auto del 21 de agosto de 1985. Concede recurso propuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, en el proceso de Laurentino Castelblanco Galindo contra Fidel Angel Reyes Reyes. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

ERROR DE HECHO. Sentencia del 21 de agosto de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el proceso de José Adán Gómez Alzate contra Ana Rita Hurtado viuda de Hernández y Mabel Blanca López Castillo. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - *Abandono.* Sentencia del 21 de agosto de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Myriam Pinzón contra Hugo Antonio Martilla Chacón. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - *Abandono.* Sentencia del 21 de agosto de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Nancy Pinilla contra Enrique Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - Causal 3ª - Maltratos. *Cuando se refieren únicamente a la madre, no conlleva la pérdida de la patria potestad para el cónyuge demandado.* Sentencia del 21 de agosto de 1985. *Confirma* la proferida

por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Ana Mercedes Avila Cruz contra Vidal Antonio Gutiérrez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - *Abandono.* Sentencia del 21 de agosto de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Jorge Enrique Roa Castañeda contra Ana Cristina Quintana Gaona. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - *Abandono. La corrobora el hecho de haber tenido que emplazar al demandado.* Sentencia del 21 de agosto de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Sincelejo, en el abreviado de Ciro Rojas Blanco contra Dinny del Carmen Olivero Barbero. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

CARGA PROCESAL PECUNIARIA - *Honorarios perito. No puede el recurrente cumplir a su arbitrio la carga procesal que le impone la ley de manera diferente a como está señalada. El pago directo y extrapaulino al perito conlleva la deserción del recurso.*

CASACION - *Valor patrimonial. Uno de los requisitos de procedibilidad de la concesión del recurso es conocer la cuantía del interés que tenga el impugnante, si dicho valor no aparece determinado, se justiprecia por un perito.* Auto del 26 de agosto de 1985. Estima bien denegado el recurso interpuesto en el proceso de Raúl Castellanos Vega contra Santiago Nova Marín. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - *Abandono.* Sentencia del 26 de agosto de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de María Nohelia López contra Luis Arnobio Cardona. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

CARGA PROCESAL PECUNIARIA - *Honorarios perito. El no pago de los honorarios del perito designado para justipreciar el interés del recurrente, oportunamente, hace inadmisible la demanda.* Auto del 27 de agosto de 1985. *No admite* el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en el proceso de sucesión de Jesús María Gómez. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - *Perjuicios. Requisitos. Relación causal. El incumplimiento de una obligación contractual es fuente de perjuicios que debe reparar el contratante incumplido, pero sólo los que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento y además previsibles en el momento de contratar.* Sentencia del 29 de agosto de 1985. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Gabriel de J. Aguirre y Judith Arango de Aguirre contra José Ramiro Duque Echeverry.

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. MATRIMONIO - *Efectos. Producen dos clases de efectos: Los personales y los patrimoniales; pero además otros no regulados expresamente, pero cuyo incumplimiento aparece sancionado por la ley, entre ellos el de respeto mutuo.* Causal 3ª, artículo 154 del Código Civil. El silencio

como ofensa. Sentencia del 29 de agosto de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Judith Botero contra William Mejía Mejía. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - *Abandono.* Sentencia del 29 de agosto de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de María Cecilia Carrajal contra Luis Arturo Castro Blanco. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. *En declaración judicial de pertenencia.* Sentencia del 30 de agosto de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario de Ana Ofelia Delgado contra Emperatriz, Myriam y otros, Viáfara Pereira y personas indeterminadas. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - *Abandono.* Sentencia del 30 de agosto de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Luz Stella Herrera contra Carlos Julio Herrera. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

MATRIMONIO. *Obligaciones y deberes que se adquieren con el vínculo matrimonial entre los cónyuges.* Sentencia del 2 de septiembre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Olga Tovar Arango contra Fernando Franco Londoño. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

INCONSONANCIA - *Extra petita - Minima petita.*
EXPEDIENTE - *Devuelto al inferior.*
APELACION - *Objeto.*
REQUERIMIENTO - *Innecesario.* Sentencia del 4 de septiembre de 1985. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Armando Leal Jiménez contra Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - *Abandono.* Sentencia del 5 de septiembre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Nancy García Muñoz contra Ernesto Bravo Valencia. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - *Sociedad conyugal. Disuelta la sociedad conyugal por mutuo acuerdo, antes de este proceso, obviamente no es menester en la sentencia declarar su disolución.* Sentencia del 5 de septiembre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Filadelfo Velilla Castilla contra Blanca Ismenia Castellano. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. NOTIFICACION.

a) *Acto procesal de comunicación.*

b) *Conducta concluyente.*

Auto del 5 de septiembre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el abreviado de Graciela López contra Héctor Rafael Salamanca. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

CARGAS PROCESALES PECUNIARIAS - *Porte de correo. El no pago, o el pago extemporáneo del porte de ida y regreso del expediente, por parte del recurrente, conlleva a la inadmisibilidad del recurso, aunque haya sido previamente concedido.* Auto del 5 de septiembre de 1985. *Inadmite* el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Montería, en el proceso de Luisa Josefa Otero Sánchez contra Rafael Edmundo Gómez Alean. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - *Cargo incompleto.* Sentencia del 5 de septiembre de 1985. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario de Rafael Manrique contra Luis Alberto Charry Vargas. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - *Abandono.* Sentencia del 6 de septiembre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de María Piedad Giraldo contra Dozán de Jesús Hernández Monsalve. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - *Abandono.* Sentencia del 6 de septiembre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Ana Clotilde Vargas contra Miguel Humberto Ramos. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. CADUCIDAD DE LA ACCION - *Cómputo. No opera de la misma manera frente a todas las causales consagradas en el artículo 154 del Código Civil, e inclusive no tiene cabida cuando se trata de la prevista en el numeral 6º del citado artículo (Art. 156 del C. C.).*
ALIMENTOS - *Pautas para fijar su monto.* Sentencia del 6 de septiembre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de María Rosalía Pérez Rojas contra Rodrigo Octavio Díaz Sierra. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL *Cargo incompleto. Responsabilidad aquiliana.* Sentencia del 9 de septiembre de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Gloria Villamizar viuda de Villamizar y otros contra Servicios Aéreos de Territorios Nacionales, "Satena". Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - *Abandono.* Sentencia del 9 de septiembre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de María Dicselina Díaz contra Reinaldo Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

CASACION - *Desistimiento del recurso. Es facultad del recurrente. Pero conlleva la condena en costas, salvo que las partes convengan otra cosa.* Auto del 9 de sep-

tiembre de 1985. Acepta desistimiento en el proceso de herederos de Francisco Rivero Blanco contra José Valencia Osorio. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

CARGA PROCESAL PECUNIARIA - *Honorarios peritos.* Auto del 10 de septiembre de 1985. Se abstiene de dar curso a la demanda presentada contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio en el proceso de Heliodoro Hernández Hernández contra Félix Nel Cárdenas. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

CASACION - *Requisitos de la demanda.* Auto del 10 de septiembre de 1985. Declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, en el proceso de Eliécer Zea contra Raiff Aljure Nasser y Elsa Doronsoro de Aljure.

CARGA PROCESAL PECUNIARIA. *Copias para cumplimiento sentencia.* Auto del 10 de septiembre de 1985. No admite el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena, en el proceso de Neloy Rojas de Sua contra Víctor Mariano Rodolo Núñez. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - *Abandono. Lo corrobora el hecho de haber tenido que emplazar al demandado.* Sentencia del 13 de septiembre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el abreviado de María Ortiz Vargas contra Santos León Pinzónto. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

DEMANDA DE RECONVENCION. *Sólo a través de este mecanismo puede el demandado en la separación de cuerpos, solicitarla dejando a salvo su responsabilidad o por culpa recíproca.* Sentencia del 12 de septiembre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Javier Emilio Trillos Trillos contra Bertha Yaneth Forero de Trillos. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

MATRIMONIO *Obligaciones y deberes.* Sentencia del 12 de septiembre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Benilda Puerto Mogollón contra José Oriodo Castaño Díaz. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - *Abandono.* Sentencia del 13 de septiembre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de María Consuelo Ahumada González contra Italo Ospina Estrada. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

PROCESO DE SUCESION. *Suspensión y objeciones a la partición.* Sentencia del 13 de septiembre de 1985. *No casa* la sentencia recurrida. Objetante: Sigifredo Fajardo Varela. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SOCIEDADES - AGENCIAS Y SUCURSALES. *Representación Judicial.* Sentencia del 17 de septiembre de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de

Cali, en el ordinario de Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y Almacafé S. A. contra Transportes Al Mar S. A. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS *Demanda de reconvención. Solamente cuando el demandado la formula puede tener en cuenta el fallador las pruebas en contra de la parte actora que lo señalen como culpable de la separación.*

CADUCIDAD DE LA ACCION - *Fundamentos. Tiene como fundamento la presunción de olvido o de perdón del actor culpable por parte de la víctima de él.* Sentencia del 17 de septiembre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de Alba María Campuzano Echeverri contra Jaime Moreno Pérez. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

DEMANDA - *Deber de interpretarla.*

ERROR DE HECHO - *Interpretación demanda.*

PRUEBA TRASLADADA:

a) *Formalidades:* Para que tengan valor externo es fundamental que la parte frente a la cual se aducen haya tenido oportunidad de impugnarlas, ya sea en el proceso donde se produjeron o en el proceso donde se llevan. (Art. 185 del C. de P. C.).

b) *Copia auténtica fallo:* No corresponde a lo que se llama prueba trasladada. Sólo prueba la existencia de ella misma y sus características.

INFORMES TECNICOS DE FUNCIONARIOS OFICIALES - *Requisitos.* Sentencia del 24 de septiembre de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario de María Guerrero de Becerra y otros contra Transportes Expreso Paz del Río S. A. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - *Abandono.* Sentencia del 24 de septiembre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Rosa Helena Santán contra Kenny Ignacio Pacheco. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

MATRIMONIO - *Obligaciones y deberes.* Sentencia del 24 de septiembre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de Luz Mary Henao contra Nelson A. Alzate Orozco. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - *Patria potestad. Suspensión y pérdida. Cuando la causal comprobada de separación es el abandono de los deberes de padre, la sanción que cabe imponer es la de pérdida y no la de suspensión de ella.* Sentencia del 24 de septiembre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el abreviado de Jacinto Franco Ruiz contra Nancy Virginia Contreras. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - *Abandono.* Sentencia del 24 de septiembre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el abreviado de Lilia María Alba contra Anatolio Espinosa Rodríguez. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - *Abandono.* Sentencia del 24 de septiembre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Dora Cecilia Rodríguez contra Jaime O. Naranjo Cortés. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - *Abandono.* Sentencia del 24 de septiembre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Olga Mercedes Prieto contra Ernesto Cárdenas García. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - *Abandono.* Sentencia del 24 de septiembre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de María Emma López contra Luis Angel Castaño Sánchez. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

ERROR DE HECHO - *Ostensible y trascendente.*

ERROR DE DERECHO - *Violación Medio.* Sentencia del 20 de septiembre de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el ordinario de José Fabio Martínez Molina contra José Omar y Blanca Lilia Parra Castrillón. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Precepto sustantivo o sustancial.*

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. *En decreto de nulidad de promesa de pesto.* Sentencia del 26 de septiembre de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario de Jesús Madina Rojas contra Crispiniano Guzmán Moreno. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - *Matrimonio. Deber de cohabitación. El alejamiento unilateral o bilateral de los cónyuges en el cumplimiento de este deber, produce el resquebrajamiento de la vida marital. Abandono. Para abrirle paso al buen suceso de la pretensión de separación basta con que el demandado haya incumplido injustificadamente no solo de los deberes de esposo o de padre.* Sentencia del 26 de septiembre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el abreviado de Amalia Leonor Narváez Guerrero contra Carlos Eduardo Revelo Guevara. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS - *Abandono. Lo corrobora el hecho de haber tenido que emplazar al demandado.* Sentencia del 30 de septiembre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el abreviado de Eneida Matéus contra John Rodrigo Rojas. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

VIOLACION INDIRECTA. Error de hecho y error de derecho: *a) Independencia de cada especie de error; b) Trascendentes y manifiestos.* Sentencia del 7 de octubre de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Oscar Andrés Rojas contra Lilia Beatriz Gómez de Rosero y sus hijos menores. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

VIOLACION DIRECTA. *Excluye la cuestión probatoria.* Sentencia del 7 de octubre de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario de Soledad Vargas viuda de Jiménez contra María Angela Jiménez. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

CONTRATO DE SEGURO. Exclusiones. *El asegurador puede delimitar a su talante el riesgo que asume, sea circunscribiéndolo por circunstancias de modo, tiempo y lugar, que de no cumplirse, impiden que se configure el siniestro; ora precisando ciertas circunstancias causales o ciertos efectos, que, suponiendo realizado el hecho delimitado como amparo, queden sin embargo excluidos de la protección que promete por el contrato. Hay exclusiones legales y convencionales. (Arts. 1056, 1105, C. de Co. y Decreto 100 de 1980).* Sentencia del 7 de octubre de 1985. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Enrique Vélez Vélez contra Compañía Suramericana de Seguros S. A. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Tres conceptos de violación.*

FALTA DE APLICACION. *Ocurrencia.*

INTERPRETACION ERRONEA. *Implica la aplicación de la norma.*

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA EN *pertenencia, agregación de posesiones. Deben señalarse entre las disposiciones infringidas los artículos 778, 2521, 2531 y 2532 del Código Civil y no deben señalarse como violados los que no tienen el carácter de sustanciales: Artículos 765, 2512 y 2518 del Código Civil.* Sentencia del 7 de octubre de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario de Iván, Carlos y Rafael Ortega Mota contra herederos indeterminados de Sabulón Motta. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. *Norma material, no procesal.* Sentencia del 7 de octubre de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior, de Omar Manuel Camargo Garzón contra Central Inmobiliaria S. A. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *La ley civil colombiana sólo autoriza para el caso la separación "indefinida" y no "definitiva" de los esposos.*

MATRIMONIO. *Obligaciones y deberes.*

PATRIA POTESTAD. *Demostrado el abandono de los deberes de padre (o madre) el demandado pierde el ejercicio de la patria potestad, que queda exclusivamente en cabeza del otro cónyuge.* Sentencia del 7 de octubre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Rosalba Niño contra Ariel Sánchez. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Abandono.* Sentencia del 7 de octubre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Leonor Arias contra Fernando Arcesio Guiza Franco. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.

APELACION. *Si el demandado acepta algunas pretensiones en forma expresa desaparece la eventual legitimación para impugnar las resoluciones judiciales que*

acojan esas pretensiones. La competencia funcional se limita al objeto concreto de la impugnación.

ALIMENTOS. *Obligación legal. Tasación.* Sentencia del 7 de octubre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Margarita Forero contra Gustavo Alonso Estévez Bretón Cardona. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

POSESION. *Prueba del elemento subjetivo. La confesión de la demandante en proceso de pertenencia, de ser mera tenedora, tiene prevalencia sobre la prueba testimonial de su posesión.*

EMPLAZAMIENTO. *Nulidad por deficiencias en él.* Sentencia del 9 de octubre de 1985. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de María del Carmen Callejas López contra Cartagena Avendaño y otros.

CONTRATO DE TRANSPORTE. *Encargo a terceros. Responsabilidad del transportador. El transportador está facultado para encomendar el acarreo a un tercero pero sigue el respondiendo directamente ante el remitente con quien formalizó el contrato de transporte. (Arts. 981, 982, 983 inc. 8º, 984 y 1050 del C. de Co.).* Sentencia del 10 de octubre de 1985. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Seguros Colina S. A. contra Movilizadora de Cargamentos Ltda., "Movisar". Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

INCONSONANCIA.

a) *Ocurrencia;*

b) *No se da en el fallo infra petita;*

c) *Mínima petita en excepciones.*

ACCION REIVINDICATORIA. *Elementos esenciales. Análisis.*

ESTIPULACION PARA OTRO. Aceptación. *Para que los terceros o beneficiarios del contrato puedan vincularse a dicho acto, deben aceptar la estipulación. De lo contrario no pueden hacer valer los derechos que de dicho acto se deriven para ellos. (Art. 1506 C. C.).*

APLICACION INDEBIDA. *Presupone la aplicación de la norma.* Sentencia del 10 de octubre de 1985. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario de herederos de Antonio Franco Miranda y Gumersinda Silva de Franco contra Julio César Franco Silva. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

MATRIMONIO. *Obligaciones y deberes que se adquieren con el vínculo matrimonial.* Sentencia del 10 de octubre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Luz Marlene Rondón contra Crisanto Eliseo Escobar Montañez. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Matrimonio. Obligaciones y deberes.* Sentencia del 11 de octubre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de María Albesa Alzate Suárez contra Luis Uriel Herrera Zuluaga. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Matrimonio. Obligaciones y deberes.* Sentencia del 11 de octubre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el abreviado de Carlos Arturo Mejía Bohórquez contra Gloria Inés Sánchez Jiménez. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Matrimonio. Obligaciones y deberes.* Sentencia del 11 de octubre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de Olinda Rincón contra Laureano Figueroa Muñoz. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Confesión. Del cónyuge demandado. La confesión del demandado de haber faltado a alguno de sus deberes recíprocos, es medio de prueba que la Corte ha considerado pertinente en esta clase de procesos.* Sentencia del 11 de octubre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el abreviado de Fanny Danies Velásquez contra Francisco Pacheco Bermúdez. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Pruebas.* Sentencia del 11 de octubre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Francisco Reinaldo Peralta Prieto contra Milsa Moscoto. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. *Consulta. No procede cuando la sentencia es absolutoria para la parte demandada.* Sentencia del 15 de octubre de 1985. Se inhibe de fallar dentro del abreviado de Gustavo Arturdiaga Pelaez contra Irlena Trujillo. Tribunal Superior de Neiva. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

INCIDENTE. Rechazo. *Cuando los incidentes propuestos no están autorizados por la ley, o se promueven extemporáneamente, o sean improcedentes, o no reúnan en la petición los requisitos formales, se deben rechazar de plano, pues es superfluo darle curso a un trámite que a nada conduce.* Auto del 21 de octubre de 1985. Rechaza incidente presentado en el proceso de Alba María Gutiérrez (regulación honorarios de Isidro Murcia Pachón). Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Abandono. *Lo corrobora el hecho de haber tenido que emplazar al demandado.* Sentencia del 21 de octubre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el abreviado de Raúl Méndez Ospina contra Tulia Arnelly Agudelo Posso. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

REVISION. *No es de su esencia servir de medio para plantear de nuevo la controversia definida, ni para corregir los errores cometidos por la parte.*

NULIDAD. Declaración oficiosa. *Sólo cuando resulte de bulto y sea ostensible, sin discusión.*

BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL. *Es deber ineludible del Juez hacer que se cumpla este principio, de suerte que cualquiera que sea su función tiene competencia para imponer las sanciones cuando no se cumple.* Sentencia del 23 de octubre de 1985. Declara infundado el recurso propuesto contra la sentencia de la Corte, por Manuel Antonio Abuchaibe Urrego. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.

TESTIMONIO. Análisis de esta prueba. *Por versar sobre hechos de escasa trascendencia o círculos familiares, su examen debe ser menos exigente, sobre todo si*

no hay otros elementos de juicio que los puedan hacer aparecer como mentirosos o interesados. Sentencia del 29 de octubre de 1985. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el abreviado de Nidia Castellanos contra Héctor Rodríguez Cortés. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

CARGA PROCESAL. Diferencia del derecho a un acto procesal. *Consiste en la exigencia legal de una conducta de realización facultativa establecida en el exclusivo interés del propio litigante y cuya omisión le trae consecuencias desfavorables. No debe confundirse con el derecho a realizar un acto procesal que es una facultad que la ley otorga en beneficio del litigante y conlleva un riesgo si no ejecutarlo. Consignar sumas de dinero: Esta carga sólo queda satisfecha mediante la correspondiente consignación efectuada a través de las entidades autorizadas para recibir dichos depósitos y por tanto no se cumple cuando el pago se hace directamente por las partes.*

ERROR DE DERECHO. Sentencia del 25 de octubre de 1985. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Ciro Pabón Núñez y Cristina García de Pabón contra GRATAMIRA S. A. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

MATRIMONIO. *Obligaciones y deberes que se adquieren con el vínculo matrimonial.* Sentencia del 25 de octubre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Débora Ruiz contra Luis Eduardo Cortés. Magistrado ponente: doctor *Horacio Montoya Gil.*

MATRIMONIO. *Obligaciones y deberes que se adquieren con el vínculo matrimonial.* Sentencia del 25 de octubre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el abreviado de María Gertrudis Cacua contra Hernán Rodríguez Russi. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Abandono. *Lo corrobora el hecho de haber tenido que emplazar al demandado. Pérdida de la patria potestad.* Sentencia del 26 de octubre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Elba Mireya Rico Carvajal contra Luis Hernando Muñoz Olivares. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Abandono. *Lo corrobora el hecho de haber tenido que emplazar al demandado.* Sentencia del 27 de octubre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el abreviado de Carlos Arana Pinzón contra Vivián Idonne Olarte. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

MATRIMONIO. *Obligaciones y deberes que se adquieren entre los cónyuges por el vínculo matrimonial.* Sentencia del 28 de octubre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el abreviado de María Magdalena Agudelo Ossa contra Eusebio Patiño López. Magistrado ponente: doctor *José Alejandro Bonivento Fernández.*

REVISION. Principio de la exclusividad o preclusión. *La frustración de una demanda de revisión de sentencia por culpa del recurrente, le veda a éste instaurar nuevamente el mismo recurso en frente de las mismas partes, por las mismas causales y con*

fundamento en los mismos hechos. Auto del 28 de octubre de 1985. Declara inadmisible el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario de Dolores Rodríguez y Aida Sáenz Rodríguez contra Adriano Martínez Sáenz Hernández e hijos y otros. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Abandono. *Lo corrobora el hecho de haber tenido que emplazar al demandado.* Sentencia del 29 de octubre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el abreviado de Carmen Luz Collante contra Oscar Alberto Angulo Angulo. Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

CASACION. *Requisitos de la demanda.* Auto del 29 de octubre de 1985. Admite sobre un cargo el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Urbanizadora Apartadó Ltda. contra Municipio de Apartadó. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS. Abandono. *Lo corrobora el hecho de haber tenido que emplazar al demandado. Pérdida de la patria potestad.* Sentencia del 30 de octubre de 1985. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el abreviado de Ana Cecilia González López contra Jorge Eliécer González. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

SEPARACION INDEFINIDA DE CUERPOS.

DEMANDA. *Inadmisión.* Auto del 30 de octubre de 1985. *Revoca* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el abreviado de Cicerón Bernal Salagal y María del Carmen Caicedo Martínez. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

REVISION. Causal 2ª, artículo 380, Código de Procedimiento Civil. *Si el peticionario no acompaña oportunamente la prueba de que el documento que sirvió de base primordial al fallo que se pretende revisar ha sido declarado falso por el Juez competente, el recurso está llamado a fracasar.* Sentencia del 31 de octubre de 1985. Deniega el recurso interpuesto por Julio César y Hernán Cortés Rolandourt contra la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

CASACION. *Demanda. Inadmisión.* Auto del 31 de octubre de 1985. Inadmite el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Magdalena Ramírez de Ibaza contra Marco Aurelio Ibaza Mayorga y otros. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

CASACION. *Requisitos de la demanda.* Auto del 31 de octubre de 1985. Declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario de Efraín Puentes Molina y otra contra Mario Medina Alante. Magistrado ponente: doctor *Hernando Tapias Rocha.*

REVISION. Causal 7ª, artículo 380, Código de Procedimiento Civil. *Procede este recurso extraordinario cuando se demuestra que el demandante, en el proceso que se*

revisa, si conocía la residencia del demandado y sin embargo afirmó desconocerla y el llamamiento de éste se hizo a través de emplazamiento. (Num. 8º, art. 152 C. P. C.). Sentencia del 1º de noviembre de 1985. Declara la nulidad de todo lo actuado en el proceso de pertenencia adelantado en primera instancia en el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá, por Nicasio Ospina Molano contra Mariana Ospina de López y terceros indeterminados. Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*.

EN LOS TALLERES EDITORIALES DE LA
IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
SE TERMINO LA IMPRESION DE ESTA
OBRA, EN DICIEMBRE DE 1987